

EL CONTRATO DE FLETAMENTO Y EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE
BUQUES: EN BUSQUEDA DE LA INTERNACIONALIZACION DEL DERECHO
MARITIMO EN COLOMBIA

Paola Ximena Molina Rincón

Universidad EAFIT
Escuela de derecho
2008

EL CONTRATO DE FLETAMENTO Y EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE
BUQUES: EN BUSQUEDA DE LA INTERNACIONALIZACION DEL DERECHO
MARITIMO EN COLOMBIA

PAOLA XIMENA MOLINA RINCÓN

Trabajo de grado presentado como
requisito parcial para optar al título de Abogada

Asesor: DOCTOR RAFAEL EDUARDO TAMAYO FRANCO
Coordinador del área de relaciones internacionales
Facultad de Negocios Internacionales - Universidad EAFIT

MEDELLÍN
UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
2008

Nota de aceptación

Presidente del jurado

Jurado

Jurado

Ciudad y fecha (día, mes , año)

AGRADECIMIENTOS

A mis padres por haber sido un apoyo constante e incondicional durante mi carrera, quienes con su amor y sus consejos me impulsaron a ser cada día mejor.

A mi asesor Rafael Tamayo por toda la colaboración recibida durante la elaboración de este trabajo de grado, mejor asesor no pude haber tenido.

Especial agradecimiento al Doctor Dino Berroa por su aporte y ayuda recibidos.

TABLA DE CONTENIDO

	PÁG.
INTODUCCIÓN	11
1. EL CONTRATO DE FLETAMENTO	15
1.1 NOCIONES BASICAS DEL CONTRATO	15
1.1.1 Reseña Histórica del Contrato de fletamento	15
1.1.2. Naturaleza Jurídica	18
1.2 CLAUSULAS ESENCIALES	23
1.3 EXTINCIÓN DEL CONTRATO	27
1.4 CONTRATO DE FLETAMENTO POR TIEMPO	30
1.4.1. Obligaciones del Fletante	34
1.4.2 Derechos del Fletante	36
1.4.3 Obligaciones del Fletador	37
1.4.4 Derechos del Fletador	39
1.4.5 Cláusulas Usuales	40

1.5 CONTRATO DE FLETAMENTO POR VIAJE	41
1.5.1 Obligaciones del Fletante	45
1.5.2 Derechos del Fletante	49
1.5.3 Obligaciones del Fletador	50
1.5.4 Derechos del Fletador	52
1.5.5 Falso Flete	52
1.5.6 Estadías y Sobrestadías	53
1.5.7 Cláusulas Esenciales	54
1.6 NORMATIVIDAD	57
2. EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE BUQUES	65
2.1 NOCIONES BASICAS DEL CONTRATO	65
2.1.1 Diferencia entre el fletamento y el arrendamiento de buques	65
2.1.2 Naturaleza Jurídica	70
2.1.3 Obligaciones de las partes	74
2.1.3.1 Obligaciones del Arrendador	74

2.1.3.2 Derechos del Arrendador	75
2.1.3.3 Obligaciones del Arrendatario	76
2.1.3.4 Derechos del Arrendatario	78
2.2 EXTINCION DEL CONTRATO	79
2.3 TIPOS DE ARRENDAMIENTO DE BUQUE	80
2.3.1 Arrendamiento a Casco Desnudo	80
2.3.2 Arrendamiento de Buque Armado y Equipado	81
2.3.3 Arrendamiento Financiero del Buque	80
2.4 NORMATIVIDAD	83
2.5 CLAUSULAS BIMCO	88
2.5.1 Contenido de la Primera y Segunda Sección de la Proforma BARECON 2001	90
2.5.2 Contenido de la Tercera Sección de la Proforma BARECON 2001	109
2.5.3 Contenido de la Cuarta Sección de la Proforma BARECON 2001	112

2.5.4 Contenido de la Quinta Sección de la Proforma BARECON 2001	113
3. LA INTERNACIONALIZACION DEL DERECHO MARÍTIMO	115
3.1 RESEÑA HISTORICA DE LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO MARÍTIMO	115
3.1.1 Orígenes de la internacionalización del derecho marítimo: primeras regulaciones respecto a la seguridad en la navegación y la protección de la vida humana en el mar.	115
3.1.1.1 Imperio Romano	115
3.1.1.2 Edad Media	117
3.1.1.3 Siglo XIX	118
3.1.1.4 Tratados y Convenios Internacionales en el ámbito marítimo: Desde el siglo XIX hasta la actualidad.	120
3.1.2 Una mirada al ordenamiento jurídico colombiano frente a la necesidad de modificar sus regulaciones en materia de fletamento y arrendamiento.	125
3.2 HACIA UNA NUEVA REGULACION EN MATERIA DE FLETAMENTO Y ARRENDAMIENTO DE BUQUES	131
3.2.1 Del Contrato de Fletamento	132
3.2.2 Del contrato de Arrendamiento de Buques	143

4. CONCLUSIONES	148
BIBLIOGRAFIA	152
ANEXOS	159

LISTA DE ANEXOS

	PÁG
Anexo A: THE BALTIC AND INTERNATIONAL MARITIME CONFERENCE. (BIMCO) “Standard Bareboat Charter. Code Name Barecon 2001”.	159
Anexo B: THE BALTIC AND INTERNATIONAL MARITIME CONFERENCE. (BIMCO) “General Time Charter Party”	171
Anexo C: THE DOCUMENTARY COMMITTEE OF THE JAPAN SHIPPING EXCHANGE, INC. “COAL CHARTER PARTY. Code Name: “NIPPONCOAL”	181

INTRODUCCIÓN

El derecho marítimo es considerado una de las ramas más importantes, sus orígenes, sus prácticas y regulaciones datan de la Edad Antigua, en los tiempos en que el comercio como fenómeno económico y social regulaba las relaciones e instituciones de sistemas jurídicos como Babilonia, Egipto, Grecia y Fenicia, entre otros, en los cuales una de las bases de desarrollo radicaba en el transporte marítimo.

Así, el derecho marítimo es considerado como una rama autónoma que nace de la costumbre y de las prácticas de los navegantes, de cuya práctica surge el contrato marítimo más antiguo: el contrato de fletamento, al cual es asimilado al arrendamiento de buques, siendo necesario mostrar la independencia de cada uno así hayan sido orígenes de las mismas prácticas.

El contrato de fletamento junto con el contrato de arrendamiento de buque, son los principales contratos de uso y explotación de buques. Configura una de las actividades de considerable trascendencia dentro del Derecho Marítimo y el desempeño primordial del comercio oceánico, por lo que puede ser estimado como una especialidad de esta rama del Derecho y el pilar jurídico de los demás contratos de transportación marítima.

Su origen se encuentra en la necesidad de los grandes comerciantes cuyo principal medio de transporte para llevar sus mercancías a otros puertos y territorios eran los buques, siendo esta la manera en que se abre y expande el comercio entre los diferentes territorios y muestra la conexidad del derecho

marítimo con el comercio internacional, siendo el punto de partida para que esta rama del derecho no pueda concebirse de una manera independiente en cada uno de los ordenamientos jurídicos.

Este uso continuo de buques, trajo consigo la preocupación tanto de los propietarios o armadores de los mismos como de comerciantes, del aumento constante de accidentes que se presentaban durante la navegación, afectando los intereses de ambas partes.

Lo anterior, marca el inicio de las regulaciones sobre derecho marítimo; surgiendo la necesidad de buscar mayor seguridad tanto para los buques como para la mercancía y las personas que iban a bordo, tanto tripulación como pasajeros.

Este es el punto, donde a través de tratados y convenios internacionales los Estados inician una regulación unificadora en la materia, conduciendo al surgimiento de la Organización Marítima Internacional cuyo principal objetivo es propender por garantizar la seguridad de la navegación y la vida humana en el mar.

Así, encontramos diversos convenios dirigidos a tal fin, siendo esta la manera como el derecho marítimo internacional público existe cierta uniformidad aplicada en la mayoría de los Estados.

Al revisar las regulaciones en materia de derecho marítimo privado, nos encontramos ante una variación con relación al derecho marítimo público. La variación nace de la diferencia existente entre los dos sistemas jurídicos que regulan la mayoría de ordenamientos jurídicos: nuestro sistema codificador conocido como *civil law* y el sistema del precedente conocido como *common law*. En materia de derecho marítimo privado, se presenta un gran abismo entre estos dos sistemas, llevando a que muchas legislaciones codificadas como la nuestra,

se encuentren rezagadas respecto a los desarrollos tecnológicos que en materia marítima se presentan día a día, conduciendo a quedar obsoletas en un corto tiempo.

A diferencia de las legislaciones codificadas, el sistema del common law permite ir a la par con los desarrollos que se presentan en el ámbito marítimo, toda vez que los fallos, nacen de las necesidades y prácticas marítimas exigidas y vigentes en el momento de su decisión.

Este punto se materializa en los tribunales internacionalmente más conocidos y utilizados para resolver los conflictos marítimos como lo son los tribunales marítimos de Londres y New York, en tanto ellos deciden conforme las necesidades presentadas dentro del derecho marítimo internacional, sin entrar a revisar ninguna clase de regulación, sino basadas exclusivamente en la autonomía de la voluntad de las partes y en las practicas marítimas actuales.

De esta misma forma, y buscando facilitar las relaciones entre fletantes y fletadores, la organización *The Baltic and International Maritime Conference* conocida como BIMCO, ha creado proformas para los diferentes tipos de fletamento existentes, conforme características específicas para cada uno, permitiendo mantener una uniformidad en el clausulado, dentro del cual cabe destacar que existe la cláusula compromisoria en la cual se encuentra inmersa la cláusula de legislación, permitiéndole a las partes poder usar la proforma, adaptándola a la legislación por la cual se regulará el contrato conforme la autonomía de las partes.

Así, del surgimiento de estas proformas, utilizadas internacionalmente, surge para nuestro ordenamiento jurídico, la necesidad de cuestionarnos sobre la viabilidad y comprensión de las regulaciones que a la fecha nos rigen para este contrato, exigiendo iniciar la búsqueda de la unificación del derecho marítimo privado,

manteniendo un sistema codificador que pueda complementarse con la constante transformación en las regulaciones marítimas en el ámbito internacional, lo cual es posible a través de la adaptación de estas proformas a nuestras regulaciones.

Así, la tesis tiene como objeto ubicar los contratos de fletamento y arrendamiento conforme lo regulado por las prácticas marítimas internacionales. Partiendo de la diferencia que existe entre estos dos contratos, tal como se plasma en nuestra legislación siendo un punto a favor en el camino hacia la internacionalización del derecho marítimo, ya que a través de las proformas existentes para cada uno de estos contratos, se materializa su independencia.

1. EL CONTRATO DE FLETAMENTO

1.1 NOCIONES BASICAS DEL CONTRATO

1.1.1 Reseña Histórica del Contrato de Fletamento. El contrato de fletamento es sin duda el contrato más importante dentro del Derecho Marítimo. Se encuentra fundamentado principalmente en el transporte de mercancías, siendo el contrato que ha impulsado el comercio exterior entre los Estados, teniendo sus precedentes en la praxis comercial realizada por los primitivos fenicios como los egipcios y los griegos, siendo posteriormente recogido por el Derecho Romano¹; constituyéndose en la más fundamental ocupación oceánica.

El desarrollo del contrato de fletamento se encuentra en la Edad Media, época en la que se impulsa la navegación universal, en la cual se tenía la costumbre de escribir lo convenido entre las partes en un pergamino que era partido en dos para ser entregado cada pedazo a cada parte, surgiendo de esta práctica la expresión mediterránea de “*Carta Partita*” cuya versión anglosajona significa “*Charter Party*”.

En la Edad Media, a causa de los grandes peligros que significaba una travesía oceánica, los dueños de las mercancías se encargaban personalmente de llevarlas al puerto pactado, limitándose la actividad del armador del buque, quien negociaba la cabida integral de su buque a diversos mercaderes que lo contrataban y se encargaban de todas las actividades concernientes al transporte de la mercancía, escogiendo el buque que cumpliera con las necesidades

¹ TARRAU LIMA, Félix: El contrato de fletamento. En noticias jurídicas. 2003. [on line] <http://noticias.juridicas.com/articulos/50-Derecho%20Mercantil/200312-46551041110343370.html>

“Incluso en el Código de Hammurabi, que data de hace más de dos mil años a.n.e. se reglaban algunos aspectos de este comercio.”

específicas para el transporte de la mercancía puesto que era importante tanto la puesta a punto del buque como el cumplimiento del viaje.

Desde el siglo XVI, la labor de los fletadores es delegada a los cargadores y al representante del naviero o fletante, surgiendo de esta delegación el documento conocido como conocimiento de embarque, teniendo como fin probar la celebración del contrato de transporte y sus condiciones; la recepción de la mercancía por el cargador, convirtiéndose en el título representativo de la mercancía.

Con este documento se garantiza el embarque de las mercancías a bordo del buque del naviero, quien declara que conoce del embarco, adicionándose de esta forma otro elemento al contrato de transporte el cual en la actualidad es imprescindible dentro de los contratos de transporte.

Por su parte, en lo que a la regulación y desarrollado del Derecho Romano se refiere, se encuentran tres conceptos que son el inicio de la codificación de los contratos de fletamento así como del contrato de arrendamiento de buques.

El primero, *“locatio navis”* consiste en el alquiler total de un buque, con el fin de realizar toda una ruta marítima, la cual podrá ser una definición general tanto para el fletamento por tiempo como para el fletamento por viaje. Este figura se denomina en el derecho medieval y moderno *“nolietjament a escar”* en Cataluña, y en Italia *“Noliejamenta ac scarso”*.

El segundo, *“locatio verbarum rerum”* recibiendo en el Derecho medieval el nombre de *“noliejament a quintarades”*², consiste en alquilar parte del buque con

² Este contrato de fletamento surge por primera vez a finales del siglo XII, principios del siglo XIII y es la modalidad a la que corresponde la regulación del contrato de fletamento que se recoge en las costas de Tortosa de 1262 y en la relación del “ Libro del Consulado de Mar”, cuya elaboración data de 1343 a 1345, en esos dos textos jurídicos, el fletamento a quintarades es la modalidad ordinaria de fletamento que recibe en ellos el nombre de “noliejament a quintarades” porque era el quintal, la unidad en la que se media el espacio que ocupaba las mercancías.

el fin de transporta mercancías, siendo un fletamento mas específico como podría ser el que en la actualidad se ha denominado el fletamento para el transporte de grandes cantidades de mercancías (fletamento por volumen, contrato "*au tonnage*" o "*contract of affreightment*").

El tercer concepto es el denominado "*locatio conductio*", figura a la que puede encuadrarse el arrendamiento de buque.

Con el transcurso del tiempo, la categoría contractual de la "*locatio conductio*" sufrió una evolución lógica. Por obra de la Pandentística, fue posible reconocer tres clases de contratos diferenciados: "*locatio conductio rei*", "*locatio conductio operis*", y "*locatio conductio operarum*". No obstante la diversidad, los autores mantuvieron un tratamiento nominal unitario. Por otro lado, importa advertir que toda la polémica doctrinal posterior, se produjo al intentar encuadrar los contratos de explotación del buque ya autónomos, dentro de las categorías civiles.³

Los avances tecnológicos del siglo XIX determinaron importantes cambios para el perfeccionamiento de este contrato, la revolución tecnológica e industrial condujo a la transformación de los medios de transporte, cambiando la navegabilidad de los buques al pasar de la navegación a vela a la de vapor utilizada a partir de 1860 con una hélice como modo de propulsión, construyendo nuevos buques ya no en madera, sino en materiales como hierro y acero que los hicieron mas resistentes, aumentando su tamaño, su capacidad de almacenamiento y por consiguiente un aumento considerable de flotas, creando así líneas regulares de navegación.

La causa del contrato de fletamento ya no solo se ve reflejada en el uso de un buque específico y definido, sino también (y en la mayoría de los casos de este contrato) lo constituye el resultado económico plasmado en el transporte de las mercancías de un país a otro, teniendo muchas veces por causa específica la obligación de prestar el servicio de transporte, siendo, como se identificara más

³ MARTINEZ JIMENEZ, María Isabel. Los contratos de explotación del buque: Especial estudio del fletamento por tiempo; Barcelona, Editor José María Bosh, 1991.

adelante, una de las diferencias respecto al contrato de arrendamiento de buque o fletamento a casco desnudo, cuya causa no se configura en el transporte de mercancías

Así, con todo lo anterior puede concluirse que el comercio internacional nace y se desarrolla a través del uso y explotación de los buques cuyo principal pero no único fin es el transporte de mercancías, creándose la necesidad de crear un derecho marítimo uniforme.

1.1.2 Naturaleza Jurídica. El contrato de fletamento es la figura más importante dentro de los diversos contratos existentes para la explotación y uso del buque. Su naturaleza jurídica dependerá frente a qué posición doctrinaria nos encontremos.

Para una parte de la doctrina, la naturaleza jurídica se supedita a dos elementos importantes: primero al transporte de las mercancías o personas como objeto del presente contrato, y segundo a la calidad y algunas veces singularidad del medio por el cual estas serán embarcadas y llevadas de un puerto a otro, medio que se denomina buque, el cual en la mayoría de los casos debe cumplir con ciertas características especiales que lo hacen apropiado para el embarque del tipo de mercancía que se pretende transportar, ya que no todos los buques están diseñados para llevar toda clase de mercancías.

La otra parte de la doctrina, de la cual hace parte el autor Ignacio Arroyo, señala que su naturaleza jurídica recae en su finalidad económico social que es la navegación, y no frente al transporte en sí, ya que pueden presentarse fletamentos para otros objetos diferentes, ya sea que se esté frente a un fletamento por tiempo o uno por viaje.

En términos generales, el contrato de fletamento, que se encuentra plasmado en la llamada Póliza de Fletamento o *charter party*. Es aquel en virtud del cual, el armador que puede ser bien el propietario del buque o bien un arrendatario del

mismo que se comporte como armador-arrendatario teniendo la disponibilidad de un buque, y quien es denominado **fletante (armador o naviero)**, pone el buque a disposición de la otra parte denominada **fletador**, disposición que requiere que el buque se encuentre en estado de navegabilidad con la finalidad determinada por este último a cambio del pago de una suma de dinero, denominado flete, permaneciendo el fletante con la posesión del buque fletado.

La finalidad puede ser ya sea la de efectuar un transporte marítimo de mercancías o personas, o efectuar un fin diferente como la pesca, el tendido de cables submarinos u otro fin.

Con la anterior definición, es importante señalar que no es correcto asimilar el contrato de fletamento a un contrato de transporte, ya que por una parte este último puede ser uno de los fines por los cuales se presente el fletamento, sin cuestionar que es el más utilizado dentro del comercio marítimo y segundo existe una diferencia respecto a la formalidad de estos dos tipos de contratos, en tanto si se está ante un fletamento este se formaliza por pacto entre las partes por medio de la póliza que lleva su nombre, contrario al contrato de transporte donde lo determinante es que las mercancías transportadas consten en el *conocimiento de embarque*, el cual no es utilizado para la celebración del contrato de fletamento pero puede ser prueba del mismo.

El contrato de fletamento es un contrato escrito y bilateral que puede ser llevado a un documento privado o puede hacerse uso de las proformas existentes para diversos fletamentos, tal como se verá más adelante, las cuales partiendo del principio que el contrato es ley para las partes, estas podrán pactar libremente las cláusulas que las vinculen, tales como la distribución de los riesgos y costos en que se deba incurrir para la celebración del contrato.

Es eminentemente mercantil por cuanto su vinculación y origen directos al comercio marítimo y oneroso por cuanto lo pagado por la ejecución del mismo se

ve radicado en un precio denominado flete siendo la obligación principal del fletador en virtud del contrato.

Así, revisando globalmente el contrato, este como todos los contratos típicos y atípicos, se diferencia del resto por sus elementos esenciales, naturales y accesorios, los cuales integran el contenido jurídico del mismo.

- **Elementos de la esencia:** Estos elementos constituyen lo mínimo que las partes deben determinar para que el contrato pueda nacer a la vida jurídica y se repute existente. Así, si estos elementos no se determinan podremos estar ante la inexistencia del contrato o que este degenera en uno diferente:
 - a. El objeto: Se concretiza en las obligaciones de las partes, tanto fletante como o fletador.
 - b. La causa: Está determinada por el motivo o razón que llevan a las partes a contratar. Esta es una diferencia primordial entre el fletamento por tiempo y el fletamento por viaje, como se establecerá más adelante.
 - c. El buque: de acuerdo a lo consagrado en el artículo 1432 del código de comercio colombiano, el buque es definido en los siguientes términos:

“Artículo 1432: Se entiende por nave toda construcción principal o independiente; idónea para la navegación y destinada a ella, cualquiera sea su sistema de propulsión”

Por su parte, el artículo 1433 nos señala las clases de naves que existen dependiendo de su tonelaje:

“Artículo 1433: Hay dos clases de naves: Las embarcaciones mayores cuyo tonelaje sea o exceda de veinticinco toneladas, y las embarcaciones menores, cuyo registro no alcance el indicado tonelaje. (...)”

Así, al estar frente a un contrato donde su fin se ve materializado en la navegación que bien puede ser para el transporte de mercancías o de personas o para otros fines, es claro que estamos ante un elemento esencial que debe ser pactado y determinado desde la celebración del contrato.

Se presenta como el objeto inmediato del contrato donde el naviero o fletante lo pondrá en condiciones de navegabilidad, ya sea para los fines determinados en un fletamento por tiempo o para realizar un viaje al flete convenido dentro de un fletamento por viaje.

Es obligatorio que en la cláusula donde se hable del buque, este se encuentra singularizado de tal manera que se enuncie su clase, nombre, pabellón y puerto de matrícula.

d. El Flete: Constituye el precio del fletamento, el pago que deberá dar el fletador al fletante por fletarle el buque ya sea por un viaje determinado, por un tiempo estipulado entre las partes, o por una porción de espacio dentro del buque.

e. La Carga: Este elemento es importante si el fin del fletador es realizar un transporte de mercancías. Estas deben determinarse e identificarse en lo estipulado dentro del contrato, ya que su delimitación (en la cual se estipula si es una carga a granel, una carga en bultos, una carga en contenedores, entre otros) y el total de la misma, conducirá a escoger el buque que sea apto para su transporte, siendo un elemento esencial tanto para el fletamento por tiempo como para el fletamento por viaje, porque como dijimos en el numeral 3 respecto al buque, este será diferente para cada tipo de mercancía

que pretenda ser transportada, sin importar que el objeto de cada uno de estos contratos sea diferente, como veremos más adelante, ya que sea que se esté ante uno u otro tipo de fletamento, puede celebrarse con el fin de transportar mercancías.

f. El Viaje: Este se presenta exclusivamente como elemento esencial del contrato de fletamento por viaje que será descrito en profundidad cuando hablemos de este contrato.

- **Elementos de la naturaleza:**

Están determinados como aquellos que a falta de estipulación entre las partes, igualmente producirán sus efectos en el caso que llegasen a presentarse, siendo posibles de enumerar los siguientes:

a. Indemnización de perjuicios por parte del fletador, por no llegar a tiempo al puerto de carga.

b. Indemnización de perjuicios por parte del fletante, por no cumplir con la cantidad de mercancía a transportar.

c. Indemnización de perjuicios por parte del fletante, por conducir al fletador a un puerto no seguro.

d. Ejercer el derecho de retención por parte del fletante, de las mercancías o parte de ellas frente al incumplimiento en el pago del flete.

- **Elementos accesorios:**

Son los pactos que celebren las partes y que estén fuera de lo estipulado por la ley, pero que no son contrarios a la misma, razón por la cual estos

solo dependerá exclusivamente de su voluntad y no pueden ser plasmados en este trabajo.

- **Elementos personales:**

a. Fletante: Es la persona natural o jurídica que tiene la disposición del buque sin exigirse que tenga el dominio total sobre el “*ius disponendi*” por capacidad propia, es decir que puede ser el propietario del buque o puede ser un arrendador del buque que lo esté usando para fletarlo a otras partes; o puede ser un naviero que represente al armador y tenga el “*ius disponendi*” por apoderamiento.

b. Fletador⁴: Es la persona natural o jurídica a cuya disposición es puesto el buque, ya sea para un viaje o varios viajes, o por un tiempo determinado, con el fin de que se realice a su favor el transporte ya sea de mercancías o de personas, de su propiedad o de terceros.

1.2 CLAUSULAS ESENCIALES

Al ubicarnos dentro de la regulación internacional incluyendo como fuente vinculante los usos y las costumbres, nos encontramos ante un contrato eminentemente consensual que debido a su historia, desarrollo y practica ha sido formalizado a través de proformas que establecen de manera detallada las clausulas que configuran el contrato de fletamento, siendo determinante la manifestación de voluntad de las partes y la libertad en la estipulación de las

⁴ TARRAU LIMA, Op. Cit, “A los fines prácticos, a veces se involucra este vocablo con la del cargador, sí bien, en una esmerada técnica legal, hay que atribuir la voz del epígrafe a la parte que se ha aludido en el Contrato de Fletamento, acreditada en la práctica marítima anglosajona con el nombre de “charterer” y guardar la locución de cargador o “shipper” para el que embarca las mercancías en régimen de carga general, cuando no se acuerda una póliza de fletamento, sino tan sólo un Conocimiento de Embarque (Bill of Lading) (...)”

cláusulas del contrato que las regula en el entendido que si las partes no quieren acogerse a estas proformas, por lo menos sirven como una guía para la celebración del contrato bajo la regulación pactada por las mismas.

En lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico, la regulación que nuestro Código de Comercio presenta sobre este contrato es muy limitada; impidiendo la comprensión global del mismo. Así, cuando se consagra que el contrato debe constar por escrito, se percibe el vacío conceptual en tanto al darle lectura a los otros artículos que consagran el contrato de fletamento, es claro la omisión del legislador al no estipular las cláusulas más importantes que le dan forma al fletamento. Por lo anterior, y buscando aproximarnos a comprender su estructura, hemos tomado de ejemplo la legislación española (que junto a la inglesa) son las más desarrolladas en el tema.

En materia internacional, que es en la que finalmente se ven plasmados y materializados los contratos de fletamento, mediante las pólizas de fletamento, ya sea *Time Charter* para el fletamento por tiempo, o *Voyage Charter* para el fletamento por viaje, su regulación se encuentra en los usos y costumbres internacionales que se ven contenidos en diferentes pólizas de fletamento que han sido creadas según las necesidades de las partes respecto al tipo de fletamento, al objeto del contrato y a la carga a transportar cuando es aplicable.

A pesar de la autonomía de la voluntad que faculta a las partes para estipular libremente sus relaciones jurídicas que se ven reflejadas finalmente dentro de los contratos celebrados, existen ciertas cláusulas que no pueden dejar de pactarse ya que hacen parte del contenido jurídico esencial de cualquier tipo de contrato de fletamento tales como las que consideramos importantes enunciar a continuación y que pueden ser pactadas ya sea dentro de un fletamento por tiempo o un fletamento por viaje, en el entendido que las cláusulas más específicas serán revisadas dentro del aparte concebido para el estudio de cada uno de estos tipos de fletamento:

Las partes deberán estar determinadas para así asegurarse que cada una está en capacidad para contratar.

Con relación al buque debe señalarse su clase, nombre, porte, pabellón y puerto de matrícula, con lo cual se le da la prerrogativa al fletador de que se ejecute el contrato sobre ese buque específicamente, en tanto el fletador ya tiene la seguridad que el buque cumple con todas las condiciones para navegar y efectuar la labor que le fue encomendada dentro de la figura del fletamento, estando calificado y cumpliendo los estándares internacionales relativos a la seguridad en la navegación marítima, mencionando uno de los que mayor importancia tiene el materia internacional, el Convenio Internacional para la seguridad de la Vida Humana en el Mar (SOLAS 74/78)⁵.

Igualmente el puerto o puertos tanto de cargue como de descargue, deben estar enunciados, así como los días convenidos para la carga y la descarga de las mercancías, bienes o personas que vayan a ser transportadas, datos proporcionados por el fletador a quien se le exige el ser diligente en cuanto se parte del supuesto que los puertos a los cuales solicite el atraque del buque, sean seguros.

Los anteriores datos que deben constar en el contrato, son más viables de pactar dentro del fletamento por viaje donde se conoce el lugar de destino, a diferencia del fletamento por tiempo que en el evento que el buque sea fletado por un periodo largo, no podrá establecerse todos los puertos a los cuales navegará el buque, ya que dentro del objeto de esta clase de fletamento simplemente esta consagrado ponerlo a disposición del fletador para que lo explote comercialmente partiendo del supuesto que ordenará conducir el buque a puertos seguros.

⁵ “El Convenio SOLAS de 1974 es considerado por lo general como el más importante de todos los tratados internacionales relativos a la seguridad de los buques mercantes. El objetivo principal del Convenio SOLAS es estipular normas mínimas para la construcción, el equipo y la utilización de los buques, compatibles con su seguridad. Los Estados de abanderamiento son responsables de garantizar que los buques que enarbolan su pabellón cumplan las disposiciones del Convenio, el cual prescribe la expedición de una serie de certificados como prueba de que se ha hecho así.”

Es importante determinar las circunstancias que pueden llegar a constituir fuerza mayor y que excluirán al fletante de atracar el buque en puerto, tales como bloqueo, epidemia y huelgas entre otros, constituyendo a estos como puertos no seguros.

Las partes deben estipular la cabida, número de toneladas o cantidad de peso o medida que se obliguen respectivamente a cargar y a conducir, o sí es total el fletamento, respetando en todo acuerdo, los límites respecto del calado hasta el que se puede cargar el buque, contribuyendo a la seguridad de la navegación⁶ y del puerto. Esta constituye una de las cláusulas más importantes porque del número de toneladas que se carguen depende el tipo de buque que se deba usar, conduciendo esto a que cualquier error en la distribución o peso de la mercancía dentro de buque, representará indemnización de perjuicios a cargo de la parte que no haya obrado con la diligencia debida, sea porque organizó mal la distribución de las mercancías dentro del buque (fletante) o porque entregó mayor o menor cantidad en toneladas de lo estipulado dentro del contrato (fletador).

El flete que se ha de pagar, debe estar estipulado la forma de pago, ya sea que se estipule su pago por cada viaje, o un porcentaje al mes, o por las cavidades del buque que se hubieren de ocupar, o por el peso o la medida de los efectos en que consista el cargamento, o de cualquier otro modo que se hubiere convenido.

Con relación a las estadías y sobrestadías del buque dentro del puerto, se debe determinar el tiempo límite respecto de las primeras, con relación a las operaciones portuarias, para así identificar en qué momento el tiempo empieza a tomarse como concepto de sobrestadía; tema que será ampliado más adelante.

Por su parte, la cláusula de excepción libera al fletante de cualquier responsabilidad debido al retraso o demora en la entrega de las mercancías, así

⁶ Con esto se da cumplimiento al Convenio Internacional sobre líneas de carga 1996 (LL66)

como por daño o pérdida total o parcial del cargamento a consecuencia de incendio, salvo que este se hubiese producido por su culpa o negligencia.

La cláusula de transbordo, le da la facultad al naviero o armador de realizar todos los transbordos que considere necesarios durante el transporte de las mercancías, a efecto de que lleguen al puerto de destino; cláusula que no puede aplicarse si el contrato versa sobre un buque singularizado y especificado.

1.3 EXTINCION DEL CONTRATO

Además de las causas comunes que dan lugar a la resolución del contrato, entendiéndolas como todos los actos que constituyen un incumplimiento a todas las obligaciones pactadas por las partes, así como los casos de fuerza mayor y las circunstancias que conducen a la aplicación de la Teoría de la imprevisión cuando estas alteran y desequilibran desproporcionadamente la economía de uno de los contratantes, consideramos importantes, en vista que nuestra legislación no dice nada al respecto, mencionar las causales contempladas por el Código de Comercio español, las cuales son detalladas, pudiendo ser aplicadas a cualquier tipo de fletamento.

El artículo 688 consagra las causales que facultan al fletador para solicitar la rescisión del contrato:

“(…)

1º) Si antes de cargar el buque abandonare el fletamento, pagando la mitad del flete convenido.

2º) Si la cabida del buque no se hallase conforme con la que figura en el certificado de arqueo, o si hubiere error en la designación del pabellón con que navega.

3º) Si no se pusiere el buque a disposición del fletador en el plazo y forma convenidos.

4º) Si, salido el buque a la mar, arribare al puerto de salida, por riesgo de piratas, enemigos o tiempo contrario, y los cargadores convinieren en su descarga.

En el segundo y tercer caso el fletante indemnizará al fletador de los perjuicios que se le irroguen.

En el caso cuarto, el fletante tendrá derecho al flete por entero del viaje de ida.

Si el fletamento se hubiere ajustado por meses, pagarán los fletadores el importe libre de una mesada, siendo el viaje a un puerto del mismo mar, y dos, si fuere a mar distinto.

De un puerto a otro de la península e islas adyacentes, no se pagará más que una mesada.

5º) Si para reparaciones urgentes arribase el buque durante el viaje a un puerto, y prefirieren los fletadores disponer de las mercaderías.

Cuando la dilación no exceda de treinta días, pagarán los cargadores por entero el flete de ida.

Si la dilación excediese de treinta días, sólo pagarán el flete proporcional a la distancia recorrida por el buque.”⁷

⁷ Código de Comercio español. Artículo 688. [on line] Disponible en: <http://www.bufetemanrique.com/ccom/coingral.htm>

El artículo 689 consagra las causales que puede presentar el fletante para la rescisión del contrato:

“(…) 1º) Si el fletador, cumplido el término de las sobreestadías, no pusiere la carga al costado.

En este caso el fletador deberá satisfacer la mitad del flete pactado, además de las estadías y sobreestadías devengadas.

2º) Si el fletante vendiere el buque antes de que el fletador hubiere empezado a cargarlo, y el comprador lo cargare por su cuenta.

En este caso, el vendedor indemnizará al fletador de los perjuicios que se le irroguen.

Si el nuevo propietario del buque no lo cargare por su cuenta, se respetará el contrato de fletamento, indemnizando el vendedor al comprador, si aquél no le instruyó del fletamento pendiente al tiempo de concertar la venta.”⁸

El artículo 690 contempla las causales que permiten la terminación del contrato, antes de que el buque zarpe del puerto

“(…) 1º) La declaración de guerra o interdicción del comercio con la potencia a cuyos puertos debía el buque hacer su viaje.

2º) El estado de bloqueo del puerto a donde iba aquél destinado, o peste que sobreviniere después del ajuste.

⁸ Íbid. Artículo 689.

3º) La prohibición de recibir en el mismo punto las mercaderías del cargamento del buque.

4º) La detención indefinida, por embargo del buque de orden del Gobierno, o por otra causa independiente de la voluntad del naviero.

5º) La inhabilitación del buque para navegar, sin culpa del Capitán o naviero.

La descarga se hará por cuenta del fletador.”⁹

Una situación especial que no se encuentra en los artículos anteriores, es la del artículo 657 que consagra el evento en que el buque quede inservible sin culpa del Capitán del buque, este deberá actuar con la mayor diligencia para encontrar otro que pueda continuar con el viaje, pero si no llegase a encontrar otro buque, podrá dar por terminado el contrato, haciéndole entrega de las mercancías a los cargadores.

Con lo anterior, donde se han entregado los conceptos generales de tan importante contrato, se prosigue a un análisis detallado de los tipos de fletamento más utilizados: el contrato de fletamento por tiempo y el contrato de fletamento por viaje.

1.4 FLETAMENTO POR TIEMPO

Es un contrato en el cual el fletante pone a disposición del fletador un buque armado y equipado con tripulación y en condiciones de ejercer la actividad náutica comercial correspondiente. Su objeto es la navegación del buque durante un

⁹ Íbid. Artículo 690.

tiempo determinado para el fin que determine el fletador, a cambio de una contraprestación económica denominada “flete”.

Este contrato tiene tres elementos que de acuerdo al doctor Ignacio Arroyo hacen que sea único y diferente de los demás contratos, elementos en los cuales iremos ubicando las obligaciones de cada una de las partes.

El primer elemento consiste en la principal obligación del fletante, está determinado en el objeto mismo de este tipo de contrato: la navegación del buque la cual es pactada por un tiempo determinado entre las partes, de tal manera que el fletante sigue las instrucciones dadas por el fletador.

La obligación de navegar se materializa en la siguiente obligación, poner a disposición del fletador el buque durante cierto periodo de tiempo sin limitar el número de viajes a realizar. Esta puesta a disposición comprende tres aspectos: que el buque reúna todas las características técnicas señaladas en el contrato, que se garantice la navegabilidad del mismo y que se cumpla con los términos estipulados relativos al momento y lugar de la puesta a disposición del buque.

En este tipo de fletamento, el fletante es quien conserva la gestión náutica del buque al ser el titular de la empresa de navegación, mientras el fletador tendrá la gestión comercial del mismo siendo el titular de la empresa del transporte, pudiendo en su calidad, celebrar con otras personas contratos de transporte de mercancía, efectuando los viajes que desee y cargando el buque con las mercancías (lícitas y no peligrosas) que el señale y que sean acordes a lo pactado dentro de los límites del contrato celebrado, determinándose la distribución de los riesgos así como de los gastos por la explotación del buque, que deban ser responsabilidad de cada una de las partes conforme a la gestión náutica y comercial que cada una ostentan.

La gestión náutica que recae bajo la responsabilidad de la administración técnico náutica del fletante, determina que el hecho de poner a disposición el buque

conlleva a que este se encuentre equipado, navegable, clasificado, adecuado a las características técnicas que determinen las partes en el contrato, asegurado con tripulación completa y competente (el capitán y la tripulación dependen exclusivamente del fletante, pero acatan las ordenes del fletador).¹⁰

La obligación de poner el buque a disposición del fletador en el lugar y tiempo estipulado, implica igualmente correr con los gastos del mantenimiento del casco y la maquinaria, asegurar el buque, cubrir los gastos de provisiones así como de salarios de la tripulación, acatar las órdenes del fletador para que pueda realizar su actividad comercial, ordenes que serán cumplidas por el Capitán del buque.

El fletador se responsabiliza de costear los gastos que surgen de los viajes realizados, tales como combustible, gravámenes portuarios, estiba, desestiba, desembolsos de escala en los puertos, nominación de los agentes así como el pago por sus servicios, entre otros.

Así al ser su objeto la navegación, se aclara el panorama frente a que tan limitativo este contrato se encuentra frente al transporte de mercancías o personas, ya que a pesar que el mayor volumen de movimientos de buques se presenta por esta clase de fletamentos, no deben dejarse a un lado, otros eventos en los cuales también puede fletarse un buque pero para otros fines, tal como lo asevera el doctor Ignacio Arroyo cuando dentro de sus ejemplos nos entrega los siguientes: el tendido de cables submarinos, la pesca, el deporte náutico, el salvamento marítimo, el levantamiento de cartas náuticas, entre otros; actividades que no pueden ser calificadas dentro de un transporte marítimo, pero que aun así pueden presentarse dentro de un fletamento, en tanto dentro de todas estas actividades para el fletante surge la obligación de realizar los viajes señalados por el fletador.

¹⁰ Todo buque colombiano debe tener los siguientes certificados: Certificado de clasificación definitiva, Certificado de inspección de maquinaria, Certificado de equipo y material eléctrico, Certificado de contraincendio, Certificado nacional de seguridad, Certificado de inspección del casco, Certificado de inspección del equipo de salvamento, Certificado nacional de inspección anual, Certificado de registro de motor.

El segundo elemento característico de este contrato es la utilización temporal del buque, materializada en la explotación continua del buque sin tiempos muertos de viajes, pudiendo determinar con más precisión la navegabilidad, el cálculo del flete y la distribución de los gastos.

Esta utilización del buque a favor del fletador, lo obliga a sufragar regularmente el alquiler pactado, no obstante, es importante plantear una eventual situación en que se presente una pérdida de tiempo imputable al fletante o al buque, caso en el cual para que el fletador no esté obligado a sufragar ese tiempo perdido, se estipulara la denominada cláusula de suspensión del pago del fletamento (off-hire) que será explicada más adelante.

En este tipo de fletamento, la descripción e identificación del buque es relevante, dado que esta debe ser detallada y precisa debido a la mayor asunción de costos y riesgos que puedan llegar a ser cubiertos por el fletador, lo anterior porque la singularización del buque será determinante para formarse una opinión sobre el valor comercial del buque a cuya explotación aspira y porque la descripción del mismo debe ser conforme a las necesidades del fletador.

De esta forma el contrato se celebra en relación a un buque concreto y determinado que constituye su objeto, con lo cual al fletador no se le podrá obligar a recibir un buque diferente así tenga características similares.

Lo anterior determina con la misma relevancia la capacidad de carga, en tanto al tener un buque singularizado, el fletador podrá aproximar la cantidad de mercancía que podrá transportar durante la utilización del buque, entendiendo que una incorrecta descripción de la capacidad de carga podrá dar lugar a la indemnización por daños e inclusive a una resolución del contrato¹¹, razón por la cual se aconseja que al describir la capacidad en términos de peso muerto, se

¹¹ MARTINEZ JIMENEZ, Op. Cit ., p

añada a la póliza el término “aproximado” (*about*), permitiendo al fletante un cierto margen de tolerancia dentro del cual no se considera la existencia de incumplimiento contractual.

Otro punto importante respecto a la descripción del buque es el referente a que con esta se puede determinar la velocidad y el consumo del mismo, dando al fletador una idea aproximada sobre el potencial operativo del buque, al cual debe relacionarse con las condiciones meteorológicas, el calado y el tipo de combustible empleado por el fletador. La exigibilidad de la garantía de velocidad y consumo del buque surgen desde la entrega del mismo.

El tercer elemento es el cálculo del flete según unidades temporales (horas, días, semanas, meses o años), cuyo pago se obliga a efectuar el fletador de acuerdo a lo pactado en la póliza.

1.4.1 Obligaciones del fletante. En su calidad de titular de la empresa de navegación y como ya se dijo en párrafos anteriores, la obligación principal y prestación definitiva es la de navegación la cual para entenderla ampliamente resulta importante profundizar en la misma tal como lo señala el profesor Ignacio Arroyo, dividiendo esta obligación en cinco diferentes que la integran:

- a. La navegabilidad es la obligación de poner el buque en las condiciones establecidas en la póliza, y en buenas condiciones de navegar, a disposición del fletador en el lugar y fecha pactados, obligación que es ininterrumpida y que es exigida durante la vigencia del contrato.
- b. La navegabilidad también se ve reflejada en el mantenimiento que el fletante le da al casco, las maquinas y todo el equipo del buque, el cual debe ser eficiente durante todo el tiempo que dure el contrato. De esta forma el fletante está obligado a reparar cualquier instrumento así como a subsanar cualquier inconveniente que ponga el buque en estado de

innavegabilidad, entendiendo que durante el tiempo que el buque no pueda navegar, el fletador no pagará los fletes calculados para ese lapso, de acuerdo a la cláusula off hire.

La prestación de la navegación se ve reflejada en la cesión comercial que el fletante hace al fletador con relación a la obligación de poner a disposición de este último el Capitán y la tripulación bajo sus órdenes en lo relativo al empleo comercial (*employment clause*). Para eliminar la responsabilidad solidaria entre el fletante y el fletador frente cualquier clase de reclamos que surjan de esta cesión comercial, dentro de la póliza se puede pactar una cláusula de indemnización o garantía (cláusula *non-lien*) donde el fletador le abona al fletante los daños que puedan ocasionarse por reclamación por parte de terceros que fueren imputables a este evento.

- c. Los viajes que el fletante debe realizar deben darse con la máxima celeridad, entendiendo que una vez el fletante conozca su puerto de destino, zarpe inmediatamente tomando la ruta más corta y segura.
- d. La obligación de asistencia habitual radica en la dotación que debe prestarle al fletador, reforzando la obligación que el fletante tiene de ayudar a que no se entorpezca el uso comercial

Sumado a estas obligaciones que integran la obligación principal de navegación, se presentan las siguientes:

- e. Realizar los viajes determinados por el fletador.
- f. Responsabilizarse de la gestión náutica del buque.
- g. Correr con los gastos fijos tales como salario y reparaciones.
- h. Responder por los daños o pérdidas de la mercancía, cuando esto ocurra por culpa o falta de diligencia de él.

1.4.2 Derechos del fletante:

- a. No hacer navegar el buque cuando quede expuesto a peligros no previstos en el momento de la celebración del contrato.
- b. No iniciar un viaje que no concluya, previsiblemente, alrededor de la fecha de vencimiento del contrato.
- c. Exigir del fletador las indemnizaciones que correspondan, a consecuencia de perjuicios experimentados por acciones iniciadas por terceros y derivadas de la explotación comercial o gestión de transporte que incumba a aquél y que, por su naturaleza, estos privilegios previstos pudieran hacerse efectivos sobre el buque.
- d. Exigir del fletador el pago del flete, el cual deberá abonarse por períodos mensuales y por anticipado, salvo que se hubiere pactado otra cosa. La falta de dicho pago conforme a lo que se hubiere pactado, dará facultad al fletante para que de por terminado el contrato, retirando el buque que se encuentra al servicio del fletador.¹² Así, el no pago del flete por parte del fletador, creará un crédito naval a favor del fletante.
- e. Se le concede el derecho de retención sobre todos los cargamentos y fletes devengados por el fletador, derecho que consta en la denominada “cláusula de retención” o “*lien clause*” que puede apreciarse en las siguientes proformas de pólizas de este contrato: *Baltime*, 18; *NYPE*, 8; *Linertime*, 20, y *Shelltime*, 27.

¹² BERROA, Dino. 2006. Notas Máster en Derecho Marítimo. Universidad Santa María La Antigua. Ciudad de Panamá

1.4.3 Obligaciones del fletador

Sus principales obligaciones son:

- a. Pagar el flete convenido en la forma y términos estipulados por las partes dentro de la póliza, pago que conforme a las proformas existentes dentro del comercio marítimo, se hace en efectivo y por adelantado¹³, iniciando el día que el buque sea puesto a disposición del fletador, concluyendo el día en que este reintegre la nave al fletante. El precio del flete se causa en proporción al tiempo convenido por las partes para la utilización del buque.

Como lo establecimos dentro de las obligaciones del fletante, cabe recordar que esta obligación del fletador se verá suspendida en el evento que el buque sea declarado OFF HIRE cuando existen causas no imputables a él, y que sean situaciones relacionadas con el mantenimiento del buque que lo condiciona a su estado de navegabilidad.¹⁴

Por ende, esta cláusula se aplica en aquellos casos en que el buque no puede explotarse comercialmente por un lapso mayor de 24 horas.

Así tenemos que el pago del flete se suspendería en el supuesto de que la limpieza de las calderas, la cual incumbe al fletante, demorará más de 48 horas. De tal manera, que no diciendo el contrato expresamente lo contrario, la suspensión de dicho pago correría a partir del vencimiento de dicho plazo.¹⁵

¹³ ARROYO, Ignacio. Compendio de derecho marítimo. Madrid. Editorial Tecnos, Segunda Edición. 2005. “(Baltimre, clausula 6, NYPE, clausula 5, Shelltime, clausula 3, y Linertime, clausula 7)” pag. 139

¹⁴ Cuando el buque entre a dique seco, cuando la maquinaria sufra alguna avería.

¹⁵ BERROA, Op. Cit.

La obligación del pago del flete puede verse igualmente suspendida en el evento que el buque sea arrestado por causas atribuibles a su propietario, obligación que subsiste si el arresto ocurre por culpa del fletador o de un tercero.

Si el buque llegara a perderse, el contrato termina desde la fecha de su desaparición, pero si no se comprueba este dato, el fletador está obligado a pagar la mitad del flete desde el día en que se recibieron las últimas noticias del paradero del buque hasta el día que hubiere llegado a su destino.

- b. Correr con los gastos variables y necesarios para la utilización del buque derivado de su explotación comercial.

Dentro de estos gastos se presentan los siguientes: los combustibles, lubricantes, gastos de carga y descarga, estiba y desestiba, limpieza, fumigación de la nave, gastos de remolque, pilotos prácticos, gastos portuarios, gastos consulares vinculados a las operaciones comerciales, comidas suministradas a oficiales u otro personal a su servicio.

Con relación a los gastos por los servicios de los pilotos prácticos y de los remolcadores, a pesar que estos corren por cuenta del fletador, no significa que el fletador sea responsable de la labor ejercida por estos individuos en tanto, esta responsabilidad recae sobre el fletante, quien tiene la gestión náutica del buque. Así, el fletante podría llegar a ser responsable de la negligencia del piloto en la navegación del buque y así como la del remolcador.

- c. Emplear el buque dentro de los límites establecidos, tales como destinar el buque a puerto seguro¹⁶ tanto para el buque como para su tripulación, cargar mercancías que no afecten la seguridad en la navegación.
- d. Devolver el buque en el lugar pactado, en buen estado, salvo los deterioros del uso ordinario.
- e. Responder por cualquier daño que pueda producirse como consecuencia de una carga inadecuada, ya sea porque se contraria lo pactado o porque se realizó una operación de carga no diligente.

1.4.4 Derechos del fletador:

- a. Suspender el pago del flete cuando el buque sea declarado OFF HIRE.
- b. Recibir el buque en el lugar y momento pactados, teniendo la opción de cancelar el contrato en el evento que el buque no se encuentre listo para que el fletador lo pueda explotar comercialmente.
- c. Utilizar el buque sin otros límites que los pactados por las partes en la póliza y que correspondan con la naturaleza del buque.
- d. Establecer las órdenes concretas sobre el o los viajes que se llevarán a cabo y las mercancías a transportar.
- e. En cumplimiento con las obligaciones recíprocas de las partes, el fletador tendrá el derecho de retención sobre el buque y sus pertenencias por todas las cantidades pagadas por adelantado (fletes) y no vencidos.¹⁷

¹⁶ Íbid. “Los peligros u obstáculos que convierten a un puerto en inseguro, se comprenden en: las corrientes fuertes, exposición de vientos, hielos, bancos de arena, hostilidades, acciones bélicas, epidemias, etc.”

1.4.5 Cláusulas usuales:

Partiendo del principio de la autonomía de la voluntad, donde las partes serán libres de establecer las cláusulas que regirán su relación jurídicas; a continuación señalamos las cláusulas más importantes entendiendo que estas pueden modificarse de acuerdo a la voluntad de las partes:

- a. Determinación del buque y su descripción.
- b. Identificación de las partes.
- c. Declaración detallada de la capacidad de carga y equipo del buque.
- d. Determinación de la velocidad y el consumo de combustible del buque.
- e. Cláusula de navegabilidad siendo responsabilidad del fletante durante todo el periodo que dure fletado el buque.
- f. Duración del contrato.
- g. Forma y medio de pago del flete.
- h. Cláusula off hire que suspenderá temporalmente al fletador de su obligación de pagar el flete, la cual se aplica cuando el buque se encuentre fuera de servicio por culpa del fletante.

¹⁷ARROYO, Op. Cit., “(NYPE 93, clausula 23, y Shelltime, clausula 26)

- i. Cláusula de entrega del buque por parte del fletante y de la re-entrega del mismo por parte del fletador.¹⁸
- j. Clausula que especifique los límites geográficos en los cuales el buque se moverá.
- k. Clausula que señala los tipos de mercancía y cargas que podrán ser transportados.
- l. Clausula de división de responsabilidades.
- m. Clausula compromisoria.

A pesar de que las partes pueden pactar libremente las cláusulas que regirán su contrato, tal como se ha expresado en varias ocasiones, estas podrán utilizar las proformas de pólizas que usualmente son usadas para este tipo de fletamento dentro del comercio marítimo, tales como: Baltime (redactada por el BIMCO, amparando preponderantemente a los fletantes), Liner-Time, NYPE, Shelltime e Intertanktime.

1.5 CONTRATO DE FLETAMENTO POR VIAJE

Es el contrato por medio del cual el naviero propietario de un buque o un simple poseedor del mismo, actuando como fletante, se obliga a poner a disposición del fletador la totalidad o una porción de un buque en condiciones de navegabilidad para un determinado viaje, a cambio del pago de un flete.

¹⁸ BERROA, Op. Cit., “En el contrato se puede declarar el período de tiempo para la entrega y re-entrega, el cual sería en un período razonable (OVER-LAP, después de la fecha pactada; UNDER-LAP, antes de la fecha pactada se puede producir estas dos situaciones al momento de que la nave deba ser entregada).”

Así, el fletante asume todos los aspectos significativos de la explotación del buque, conservando el dominio de la gestión náutica y comercial, asumiendo la responsabilidad por el transporte de la carga, que será transportada en el viaje convenido para este fin hacia el puerto de descargue pactado entre las partes.

Los tipos más comunes del fletamento por viaje son los llamados contratos de fletamento total o parcial, los cuales son elaborados en función de la clase de carga que hay que transportar y de la ruta que hay que seguir.

- **Fletamento Total.** Tiene lugar cuando el fletante pone la capacidad útil del buque a disposición del fletador para transportar su cargamento en un viaje determinado, y éste se obliga a pagar el flete, fijado generalmente por viajes globalmente (lump) o, por las toneladas transportadas.
- **Fletamento Parcial.** Constituye un contrato similar al fletamento total, pero se limita a una sola parte de la capacidad útil de la nave, el espacio destinado para transportar los efectos del fletador, como por ejemplo, una bodega o un entrepuente.

La finalidad de este contrato será la disposición del buque para un viaje, el cual normalmente es para el transporte de mercancías, pero que puede presentarse para otros objetivos que tenga el fletador, en tanto la obligación concreta del fletante consistirá en hacer el viaje pactado más no en transportar las mercaderías, ya que la finalidad económica social de todo contrato de fletamento es la navegación en la que podrá incluirse dentro de sus actividades, no solo el transporte, sino también la pesca, la investigación oceanográfica, el tendido de cables submarinos, la prevención o lucha contra la contaminación, el alojamiento a bordo, tal como lo expresa el doctor Ignacio Arroyo.

Las prestaciones principales de este contrato son dos: la primera consiste en la obligación que tiene el fletante de cuidar y trasladar las mercancías al puerto convenido, y la segunda es la obligación del fletador de pagar el flete convenido.

En este fletamento por viaje, donde el fletador no ostenta la gestión comercial del buque, sus prestaciones podrían ser asimiladas a las que constan en el contrato de transporte marítimo de mercancías, teniendo la facilidad que la prueba del contrato de fletamento podrá darse ya sea a través de la póliza de fletamento o por medio del conocimiento de embarque.

En la práctica su uso más frecuente es para el transporte de mercancías a granel de todo tipo, donde el documento que con frecuencia sirve para probar el fletamento por viaje, es el conocimiento de embarque, por medio del cual se corrobora que la carga se encuentra dentro del buque, tomándose como un sustituto de la póliza, por cuanto en el conocimiento de embarque se puede encontrar los datos más importantes que dan forma al fletamento, tales como: el nombre y matrícula del buque, puerto de carga, puerto de descarga, información sobre la mercancía, y el flete.¹⁹

Igualmente si no se llega a firmar una póliza, se acepta lo pactado a través de un télex, telefax o correo electrónico.

¹⁹ Íbid. “El Conocimiento de Embarque: Constituye un documento que puede ser utilizado en el contrato de fletamento por viaje en el que el capitán reconoce haber recibido a bordo determinadas cosas para su transporte, las cuales, una vez terminado éste, promete entregar al legítimo tenedor del título.

El conocimiento de embarque cumple con las siguientes funciones:

- a. Constituye una prueba del contrato de transporte de carga;
- b. Constituye la prueba supletoria de la póliza de fletamento total o parcial;
- c. Es la prueba complementaria de la póliza de fletamento;
- d. Es el título representativo de la carga embarcada; pues representa el derecho de disponer de las mercaderías y habilita la entrega de las mismas a su titular, al desembarque.
- e. Constituye un instrumento de negociación, transmisión de derechos y crédito comercial, cuando está extendido a la orden;
- f. Constituye una prueba, no únicamente entre las partes del contrato de transporte, sino que hace fe entre todas las personas interesadas en el cargamento y en el flete, y entre éstas y los aseguradores. En conclusión, el conocimiento de embarque cumple con una triple función: la de ser título probatorio de hechos relativos a un transporte marítimo, título de crédito contra el capitán y título de tradición de las mercancías.”

Al estar, en la mayoría de los casos, frente a un fletamento por viaje que tiene como objetivo el transporte de mercancías, nos conduce a determinar que el elemento esencial para la ejecución y perfeccionamiento del mismo es el buque, siendo fundamental su designación y sus características para limitar el uso al cual podrá ser puesto en navegación el mismo.

La regulación para este tipo de fletamento es más variada que para el fletamento por tiempo en lo que a proformas se refiere, ya que como dijimos en la parte general del fletamento, las partes contratan bajo la autonomía de voluntad pudiendo pactar sus propias cláusulas o acogerse a las proformas ya elaboradas.

Así, encontramos que dentro del comercio marítimo, al no estar todas las mercancías homogenizadas se han elaborado diferentes tipos de pólizas para diferentes tipos de mercancías, por ello podemos encontrar las siguientes: *Norgrain*, usada para el transporte de gráneles y para rutas entre América del Norte y Europa, la *Gasvoy* para los gases licuados; la *Cemenco* para el cemento; la *Chemtankvoy*, para productos químicos; la *Asbatankvoy*, para el transporte de petróleo, igualmente se pueden encontrar pólizas mas generales como la *Gencon* y la *Multiform*.²⁰, igualmente podemos encontrar *Grainvoy*, *Synacomex*.

Es posible encontrar pólizas que han sido creadas para que el buque navegue, realice el viaje, dentro de determinadas zonas geográficas: la *Polocoalvoy*, para el carbón procedente de Polonia; *Centrocon*, cereal entre Argentina y Europa; *Africanphos*, fosfato desde Marruecos; *Austwheate*, grano desde Australia.²¹

²⁰ ARROYO, Op. Cit., p 142

²¹ Íbid., p 144

1.5.1 Obligaciones del fletante. Antes de establecerlas es importante señalar que en este tipo de fletamento el fletante puede presentarse en el propietario del buque, el arrendatario o el fletador por tiempo (time-charter) que posteriormente contrata por viajes el buque con un tercero.

Cuando el fletante no es el propietario del buque pueden surgir problemas de legitimación que pueden conllevar a que, quien no es el fletante ni parte en el contrato, se vea involucrado en éste y tenga que responder frente a terceros aún cuando no sea parte. Ello obedece a la existencia de derechos de garantía sobre el buque que involucran a su propietario, aún cuando este no sea parte en el fletamento. También los conocimientos de embarque obvian en la práctica el tema de la legitimación “ex contractu” para extenderla a quien no es parte de aquél, por estar regidos por leyes especiales que tienden a la protección de los tenedores legítimos de esos documentos.

El fletante o armador tiene diversas obligaciones para cumplir dentro de este contrato; unas antes de emprender el viaje, otras durante el viaje y, finalmente, otras más después del viaje.

Antes de iniciar el viaje:

- a. La primera obligación consiste en poner a disposición del fletador, el buque apto para navegar en el lugar (puerto de carga) pactado por las partes posibilitando de esta forma el perfeccionamiento del contrato.

Se le exige al fletante que el buque esté en condiciones de realizar el viaje para el cual es fletado, entendiendo que sobre esta parte recae la responsabilidad de proteger el medio de transporte, pues, en el evento que el buque queda en condiciones de innavegabilidad, le corresponderá al Capitán del mismo fletar otro a su costa para hacer el viaje y transportar la

mercancía al puerto de descargue pactado, cumplimiento con la finalidad principal de este tipo de fletamento, la realización del viaje pactado.²²

El fletante o armador tiene la obligación de notificarle por escrito al fletador sobre las condiciones del buque en el momento que se encuentre listo para recibir la carga, notificación que se hace por medio de la presentación de la “carta de alistamiento” o *notice of readiness*.

Si la carta de alistamiento es presentada durante la mañana, el plazo para iniciar el cargue de las mercancía comienza desde la primera hora de la tarde; si se entregó durante la tarde, desde la primera hora de la mañana siguiente; si se entregó un sábado por la mañana, a partir de la primera hora de la mañana del lunes siguiente.

Conforme a los usos marítimos, se entiende que, aún vencido el término en el cual el fletante debía poner el buque a disposición del fletador (*cancelling date*), está obligado, a pesar de ello, a cumplir con tal obligación, de modo que, únicamente cuando se presente esta notificación, el fletador podrá decidir si rescinde el contrato o si continua la ejecución del contrato a pesar del atraso. En este último evento, puede presentarse una renegociación donde se da una disminución del flete, siendo la penalidad que se aplica al fletante debido a su incumplimiento.

²² BERROA, Op. Cit: “En el contrato de fletamento por viaje, ésta es una obligación esencial, por dos razones:

1. El cumplimiento de la obligación de puesta a disposición en el lugar pactado determina la mayor utilidad para el fletador, porque si el buque se pusiere a disposición en un lugar diferente, el fletador tendría que realizar una actividad adicional y en su caso financiarla.
2. La llegada al lugar de puesta a disposición señala el fin de la fase de navegación y el comienzo de la fase portuaria, lo que involucra el desplazamiento sobre el fletante o fletador por tiempo muerto de paralización del buque. Dependiendo de que el buque se considere llegado o no al lugar de puesta a disposición, el tiempo muerto perecerá para el fletador (si el buque llegó y terminó la fase de navegación, o para el fletante (si no llegó y, por tanto, continua en la fase de navegación).”

- b. Ejercer la debida diligencia para que el buque se encuentre en condiciones de navegabilidad (*seaworthiness*). El buque es navegable cuando se encuentre en condiciones de iniciar el viaje y estar equipado para proteger la mercancía.
- c. Recibir las mercancías suministradas por el fletador, cargándolas y procurando su estiba conforme a lo pactado en la póliza, entendiendo que esta última acción busca la seguridad y el equilibrio del buque así como la protección de la carga.²³

Normalmente la carga debe ir bajo cubierta salvo pacto en contrario por las partes, para que esta no sufra ningún daño por las inclemencias del tiempo y las situaciones peligrosas que puedan suceder a bordo del buque.
- d. Entregar el conocimiento de embarque.

Durante el viaje:

- e. Realizar el viaje o viajes pactados, debe ser una obligación que se traduzca en el efectivo cumplimiento de llevar a feliz término el viaje, es decir que se cumpla con la ruta más directa y rápida establecida entre las partes y que inicie en la menor brevedad posible, hasta que el buque atraque en el puerto convenido.²⁴

²³ Íbid. “Bajo la “Carriage of Goods by Sea Act, de 1924”, el fletante o armador no puede eliminar contractuales la obligación de ejercer la debida diligencia en poner al buque en buenas condiciones de navegabilidad. Sin embargo, el fletante puede, bajo el “common law”, eliminar contractualmente su responsabilidad por mala estiba.”

²⁴ Íbid. “La desviación del buque es permitida bajo ciertas condiciones, por el “commom law”. Así, se justifica para salvar vidas humanas, en caso de arribada forzada debida a hechos ajenos a la malicia, negligencia, imprevisión o impericia del fletante; de innavegabilidad provisional cuando no es producida por culpa o negligencia del fletante; en caso de guerra o bloqueo, o si la desviación es necesaria para pedir un práctico, entre otras situaciones, que la justifiquen.”

El fletante no solo pondrá su buque y tripulación a disposición del fletador sino que también efectuara la prestación principal de realizar el viaje, siendo una obligación de resultado.

Esta obligación de resultado que tiene el fletante debe ser cumplida en el menor tiempo posible y sin desviarse de la ruta establecida, en tanto si por alguna de estas razones el fletador resulta perjudicado, el fletante será responsable de estos perjuicios, excepto en los eventos que pueda probar que existió dolo o culpa del fletador o por el contrario alguna causa que constituya fuerza mayor.

- f. Transportar las mercancías al lugar de destino es una obligación que a pesar de no ser esencial dentro de este contrato, en la práctica se presenta en todas las pólizas entendiendo que este fletamento es utilizado primordialmente para el transporte de mercancías, con lo cual el fletante tendrá las obligaciones accesorias respecto a la carga de la mercancía, su descarga, custodia, conserva y protección durante el viaje, responder por daños en la mercancía si son atribuidos a la negligencia o culpa del Capitán o de su tripulación, entre otras.

Después del viaje:

- g. Entregar las mercancías con lo cual termina la ejecución del fletamento ya que en este momento se termina el viaje y por consiguiente todas las obligaciones del fletante. Es en este momento donde surge la obligación principal del fletador de pagar el flete pactado así como los gastos que se hubieren causado.

En principio, la obligación de desembarcar las mercancías y entregarlas al fletador corresponde al fletante, sin embargo, es el conocimiento de embarque el que usualmente cambia la obligación entendiendo que los gastos que conlleven lo anterior serán por cuenta del fletador.

Con relación a los riesgos asumidos por el fletante, cesaran en el momento que haga entrega de las mercancías, ya sea que estas sean recibidas por el fletador, por un agente cargador o consignatario, por las autoridades aduaneras, así como cuando estas no sean puestas en tierra sino en lanchas.

- h. Costear los desembolsos que tienen conexión directa con los viajes que el buque ejecuta, tales como combustible, derechos portuarios, remolque, practica, etc.
- i. Responder por el daño que las mercancías puedan sufrir durante el viaje, si este daño ocurre por culpa o negligencia del Capitán o su tripulación, conforme a lo pactado entre las partes.

1.5.2 Derechos del fletante.

- a. Mantener y conservar tanto la gestión náutica como comercial del buque.
- b. Tener exclusividad en darle órdenes tanto al Capitán como a su tripulación.
- c. No recibir mercancías peligrosas.
- d. No atracar en puerto inseguro.
- e. Recibir el pago del flete pactado.

1.5.3 Obligaciones del fletador.

Antes del viaje

- a. Poner la mercancía pactada a disposición del fletante o del Capitán del buque, en los términos pactados, es decir suministrar el total de la carga en términos de peso y cantidad, el día fijado para tal fin.

Si no hace entrega de la cuantía exacta, se responsabiliza por el pago del “falso flete”, por cuanto el cálculo del flete se determina en proporción con la cantidad de la carga, sin tener en cuenta el tiempo empleado en ejecutar el viaje.

Si incumple el plazo de esta obligación para que el fletante pueda cargarla, esto será un daño para este último quien deberá retener el buque por más tiempo del pactado, con lo cual el fletador deberá responder mediante el pago de las sobrestadías que se causen.

Del plazo estipulado por las partes se excluyen los días feriados y los días en que el embarque de la mercancía no pueda realizarse por algún evento que constituya fuerza mayor.

- b. Embarcar la mercancía pactada.

El incumplimiento de esta obligación, no exonera al fletador del pago del flete pactado como contraprestación a la cantidad y calidad de las mercancías estipuladas objeto de transporte, independientemente que embarque unas diferentes que no atenten contra la seguridad del buque y de su tripulación y que sean aptas para ser transportadas en el buque objeto del contrato.

En el derecho anglosajón, la prestación por el fletador de mercancías diferentes a las previstas en el contrato, constituye una violación de la obligación absoluta de suministrar la carga estipulada, dando derecho al

fletante a una acción de rescisión con indemnización de daños y perjuicios, o a una acción de daños y perjuicios por incumplimiento contractual.²⁵

Durante el viaje

- c. En caso de arribada forzosa, debe esperar a que el buque se repare, ya sea el casco, la maquinaria o algún instrumento.
- d. En caso de pérdida por avería común, debe contribuir a la misma.

Después del viaje

- e. Pagar el flete pactado por el viaje si las partes no pactaron nada diferente. El flete será por concepto del viaje en el evento que se haya fletado la totalidad del buque, de tal manera que lo pactado se encuentre en la póliza de fletamento.

Por el contrario, si el flete es pagado de acuerdo al peso, cantidad o tonelaje de las mercancías, este se encontrara pactado en el conocimiento de embarque, en tanto estaremos ante un fletamento parcial donde se fleta partes o bodegas del buque.

- f. Pagar la diferencia que pueda presentarse entre la mercancía pactada a ser transportada y la efectivamente cargada, presentándose el denominado “falso flete”.
- g. Pagar el combustible del buque.
- h. Pagar la estiba y desestiba de la mercancía.

²⁵ Íbid.

1.5.4 Derechos del fletador.

- a. Descargar las mercancías antes de llegar al puerto de destino, sin dejar de pagar la totalidad del flete convenido así como los gastos de la arriba y los perjuicios que puedan generarle tanto al fletante como a los otros fletadores en el evento que el buque haya sido fletado por espacios.
- b. Ser acreedor al cobro del despacho en el evento la carga o descarga de las mercancías tome menos tiempo que el pactado como tiempo de estadías.
- c. Si se presenta un retraso injustificado en el inicio del viaje que perjudique los intereses del fletador, llegando inclusive, a presentarse daños en la carga, podrá exigir del fletante la cancelación del contrato junto con la indemnización de perjuicios correspondientes.

1.5.5 Falso flete. El falso flete o también llamado flete muerto (*dead freight*), tiene su origen directo en la cláusula pactada por las partes con relación a la cabida, número de toneladas o cantidad de peso o medida que se obliguen respectivamente a cargar y a conducir en el caso que se flete una parte del buque o si es total el fletamento.

En tal sentido se entiende como la cantidad debida al naviero en concepto de transporte contratado y no efectuado por parte del fletador. Es decir, cubre el flete de la mercancía cerrada para embarque y posteriormente no embarcada por el fletador.²⁶

²⁶ Coimplicaciones legales del contrato de fletamento por volumen (Contract of Affreightment C.O.A) y su tratamiento en el proyecto de convenio sobre el transporte (total o parcialmente) marítimo de mercancías de la comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil (CNUDMI). Instituto Iberoamericano de derecho marítimo. [on line] Disponible en http://www.institutoiberoamericanodederechomaritimo.com/TRABAJO_PREMIO_ENSAYO_JURIDICO_FRANCISCO_-2do_lugar.pdf

De esta forma el fletador que obligado a suministrarle al fletante una cantidad determinada de carga, no llegará a cumplir con lo pactado completando la totalidad de la mercancía a transportar, incurrirá en el pago del falso flete pagando el flete de la que dejó de embarcar, pudiendo el fletante completar la cantidad con otra carga para reducir la reclamación por el falso flete.

Al pago del falso flete por parte del fletador, se le deducirá el valor por concepto de los gastos en la carga de la mercancía no embarcada.

Por su parte, en caso que el fletante use un buque más grande no se constituye el pago del falso flete. También puede ser que el fletante emplee un buque más grande pero con las mismas características, caso en el cual no habrá falso flete.

1.5.6 Estadías y sobreestadías. Estos conceptos son fundamentales dentro de esta clase de fletamento, estos determinan los límites establecidos por las partes para la contabilidad tanto del tiempo de carga como el de descarga de las mercancías, entendiendo que una ampliación así como una disminución del mismo traen consecuencias para la negociación de las partes.

La estadía [o *lay time*] es el tiempo convenido para la carga y descarga de las mercancías, a disposición del fletador y sin contraprestación económica²⁷, entendiendo que dentro del pago del flete esta la paralización del buque para efectuar ya sea el cargue o descargue de las mercancías.

La determinación de los términos inicial y final que comprenderán la estadía depende de lo pactado por las partes, ya sea por medio de la cláusula que determine el momento en que el buque se tenga como “listo en el puerto” o por medio de la cláusula de “aviso de disponibilidad” entendiendo que el buque debe haber arribado al puerto convenido, igualmente las partes deben especificar si el

²⁷ ARROYO, Op., cit., p 146.

número de días será contado como hábiles o calendario, así como se determinara el manejo de las circunstancias sobrevenidas que puedan ocurrir, tales como huelgas, hielo o congestión portuaria, entre otras.

Una vez se cumpla el tiempo estipulado sin que el fletador haya terminado de cargar o descargar la mercancía, este incurrirá en sobreestadía, la cual tiene un carácter indemnizatorio porque representa el incumplimiento del plazo pactado, en donde el fletante deberá demostrar los daños realmente causados por la demora causada por el fletador.

En la sobrestadía no hay interrupción del término por concepto de días feriados, mal clima, o huelga, a menos que las partes pacten algo contrario. Sólo habrá interrupción si el propietario del buque lo mueve para proveerlo de combustible, más allá del control del fletador.

Así, como el fletador puede excederse sobre el termino pactado, también este podrá ser menor, estableciéndose de esta manera una compensación a su favor que se conoce bajo la expresión de “premio de celeridad” o rapidez y que en ingles se denomina (*dispatch money*) entendiendo que este “premio” se vera reflejado en un descuento sobre el flete a pagar por parte del fletador.

1.5.7 Clausulas esenciales. El contrato de fletamento por viaje es un contrato de carga que no está sujeto a estatutos formales, hay sin embargo formas estándares que son ampliamente usadas las cuales son aceptadas internacionalmente.

Así, ya sea que las partes hagan uso de las proformas o que en virtud de la autonomía de la voluntad redacten sus propias clausulas, es importante que las siguientes se encuentren presentes:

- a. Nombre y descripción del buque.
- b. Identificación de las partes.

- c. Capacidad de la carga del buque.
- d. Navegabilidad, la garantía puede ser expresa, el buque debe ser seguro y estar listo para emprender el viaje estipulado en el fletamento.
- e. Duración del viaje.
- f. Puertos de carga y descarga. En esta se debe determinar si existe un muelle o área en particular.
- g. Puerto y muelle seguro. El fletador típicamente garantiza la seguridad del puerto o del muelle a donde él dirigirá la nave. Así mismo, asume el riesgo por congestión que cause atrasos.
- h. La carga, es usualmente descrita. En este punto es importante recordar que el fletador asume el flete muerto.
- i. La carga y descarga. Se fija por período de carga y descarga (*lay time*) por la hora o días conforme lo pactado por las partes.
- j. Estadías (*laytime*) y sobreestadías (*demurrage*). Es responsabilidad del fletador las demoras que puedan presentarse en el tiempo de la estadía pactada, dando lugar al pago por concepto de sobreestadía.
- k. Cláusula de flete y gastos. El fletador puede acordar el medio y la forma de pago del flete y los gastos. El flete normalmente es calculado por toneladas de mercancías o pies cúbicos de espacios. Por regla general el cargador no paga el flete sino hasta que la nave arribe al puerto de descarga.

- l. Cláusula de cancelación. Esta cláusula da derecho al fletador a cancelar el contrato en el evento en que la nave no arribe en el puerto pactado en el día estipulado. Las partes pactan un término entre el día en que el buque debió llegar al puerto y el día en que podrá hacerse efectivo por parte del fletador la cancelación del contrato, dándole un periodo de gracia al fletante para que arribe al puerto convenido.
- m. Cláusula de daño a la carga también denominada Cláusula *Paramount*, (Reglas Haya-Visby). Se estipulan los eventos en que el fletante responde del daño a la carga, excusándolo de riesgos de pérdida y daño a la carga.
- n. Cláusula *New Jason*. Esta cláusula consagra que en el evento de presentarse una avería por cualquier causa, sin evaluar la negligencia o no del Capitán del buque, todas las partes del contrato de fletamento, incluidos los consignatarios y dueños de las mercancías, están en la obligación de contribuir con el pago que deba realizarse por concepto de perdidas, daños y expensas que surjan de la avería²⁸.

Para una mayor comprensión de esta cláusula se debe revisar lo consagrado en las Reglas de York-Amberes de 1974.

- o. Cláusula *Both to Blame Collision Clause*. El propósito de esta cláusula es liberar de cualquier cargo a la nave que sea o no responsable en una

²⁸ The Documentary Committee of the Japan Shipping Exchange, Inc. COAL CHARTER PARTY. Code Name: "NIPPONCOAL" " Clause 23: New Jason Clause. In the event of accident, danger, damage, or disaster before or after commencement of the voyage resulting from any cause whatsoever, whether due to negligence or not, for which or for the consequence of which the Owners are not responsible by statute, contract or otherwise, the cargo, shippers, consignees, or owners of the cargo shall contribute with the Owners in general average to the payment of any sacrifices, losses or expenses of a general average nature that may be made or incurred, and shall pay salvage and special charges incurred in respect of the cargo.

If a salving ship is owned or operated by the Owners, salvage shall be paid for as fully as if the salving ship or ships belonged to strangers. Such deposit as the Owners or their agents may deem sufficient to cover the estimated contribution of the cargo and any salvage and special charges thereon shall, if required, be made by the cargo, shippers, consignees, or owners of the cargo 266 to the Owners before delivery. Charterers shall procure that all Bills of Lading issued under this charterparty shall contain this clause"

colisión. Esta cláusula es utilizada o reconocida en los Estado Unidos, cuando es incluida en los conocimientos de embarques regidos por COGSA (*Carriage of Good By Sea Act*), esto siempre será válido en el fletamento cuando la libertad contractual prevalezca.²⁹

- p. Cláusula *Brokerage*. Se presenta en el evento que las partes deban efectuar un pago por concepto de comisión al intermediario que condujo a la celebración del contrato de fletamento.
- q. Cláusula del conocimiento de embarque. Esta cláusula brinda la máxima autoridad al Capitán del buque, para firmar el conocimiento de embarque por toda la carga estibada a bordo.
- r. Clausula Compromisoria.

Finalmente, las pólizas tipo de fletamento por viaje son redactadas conforme a la mercancía objeto de transporte tales como (graneles, cemento, fertilizantes, gases, entre otros). Algunas de las proformas usadas son: *Gencon*, *Grainvoy*, *Norgrain*, *Synacomex*, *Multiform*, *Cemenco*, *Ferticon*, *Gasvoy*.

1.6 NORMATIVIDAD

La posición geográfica privilegiada de Colombia que tiene costa tanto en el Pacífico como en el Atlántico, el hecho de que nuestro comercio exterior sea manejado casi en su totalidad a través del transporte marítimo (94%), nuestra cercanía con el Canal de Panamá, son indicios que podrían suponer un amplio desarrollo jurídico y doctrinal en un tema tan amplio e importante como lo es el Derecho Marítimo, cuyo origen en su ámbito privado lo constituye la institución del contrato de fletamento.

²⁹BERROA, Op. Cit.

A pesar de lo anterior, sumado a que nuestro sistema portuario fue privatizado en el año de 1991 por medio de la ley 1 de 1991 “Estatuto de Puertos Marítimos” representando un cambio importante para el desarrollo de la actividad portuaria y marítima, incidiendo positivamente en áreas como el comercio exterior el cual ha tenido un continuo y positivo crecimiento gracias al transporte marítimo, la tecnología e infraestructura portuaria, entre otros, viéndose claramente beneficiado por las políticas implementadas dentro del Estatuto en cuestión, la realidad jurídica es completamente contradictoria.

Al revisar la regulación existente dentro de nuestro ordenamiento jurídico sobre el contrato de fletamento, nos encontramos con que esta importante institución del derecho marítimo se ha visto rezagada a unos cuantos artículos dentro del libro V del Código de Comercio así como lo regulado por el decreto ley 2324 de 1984 “Por el cual se reorganiza la Dirección General Marítima” y el decreto 804 de 2001, y el Tratado de Derecho Comercial Internacional³⁰, disposiciones normativas que se encuentran desactualizadas y que conducen a la presencia de lagunas a causa de que nuestro legislador no le ha visto la importancia que esta materia requiere, la cual en la actualidad es regulada por lo establecido en la costumbre internacional a la cual pertenecen las proformas de los contratos tipo de fletamento.

Es tan precario lo contenido sobre la materia dentro de nuestro ordenamiento jurídico, que es poco lo que puede encontrarse a nivel doctrinal y jurisprudencial, siendo estos los campos donde se esperaría un importante desarrollo académico que pudiera dar más herramientas para su estudio, por lo cual quienes tenemos la intención de estudiar el tema nos vemos obligados a revisar los ordenamientos jurídicos más importantes en la materia como son el inglés y el español, siendo este más provechoso por ser un derecho similar al nuestro de corte civilista.

³⁰ Ley 33 de 1992.

Al darle lectura al título X del libro V del código de comercio, denominado “Del Fletamento”, se aprecia desde su primer artículo, el desconocimiento de la existencia de los clases de fletamento.

El artículo 1666 señala:

“El fletamento es un contrato por el cual el armador se obliga, a cambio de una prestación, a cumplir con una nave determinada uno o más viajes preestablecidos, o los viajes que dentro del plazo convenido ordene el fletador, en las condiciones que el contrato o la costumbre establezcan”³¹

La definición que se presenta como concepto general del contrato de fletamento solo puede tomarse como la del fletamento por viaje, desconociendo, en primera instancia, el fletamento por tiempo, partiendo del supuesto que entre uno y otro no existen diferencias de fondo.

El artículo 1667 enumera solamente 4 cláusulas que deben constar en el contrato de fletamento³². En este se aprecia cual fue la posición e intención que en su momento tuvo el legislador para ubicar al fletamento después de los contratos de transporte de mercancía.

La posición de nuestro legislador puede apoyarse y adherirse a la posición del doctrinante Ignacio Arroyo para quien el fletamento no sólo versa en la disposición de un buque en condiciones de navegabilidad con el fin de transportar mercancías. La razón de lo anterior es que al darle lectura a los numerales sobre las cláusulas que debe contener el contrato no se menciona ninguna que haga

³¹ Código de Comercio colombiano. Editorial Leyer. Bogotá D.C. Editorial Leyer, 2002.

³² Íbid. “Artículo 1667: Este contrato se probará por escrito y en él deberán constar:

1. Los elementos de individualización y el desplazamiento de la nave;
2. El nombre del fletante y del fletador;
3. El precio del flete;
4. La duración del contrato o la indicación de los viajes que deben efectuarse

Parágrafo: La prueba escrita no será necesaria cuando se trate de embarcaciones menores.”

relación al tipo de carga a transportar así como tampoco su cantidad, peso o tonelaje.

Otro punto que nos muestra lo anterior es la necesidad de que la prueba sea escrita, entendiendo que esta sólo puede ser representada en la póliza de fletamento, excluyendo el conocimiento de embarque que en la práctica sirve de prueba para un contrato de fletamento por viaje.

El artículo 1669 habla sobre las “Obligaciones en el fletamento por tiempo determinado” entendiendo que se refiere a las obligaciones directas que tiene el fletador frente al fletamento por tiempo, en tanto este tiene la gestión comercial del buque.

Este artículo trae varios problemas: primero, así se diga que estamos ante un fletamento por tiempo, se seguirá tomando como concepto del mismo el establecido en el artículo 1666, pues el legislador no entrega un concepto para este tipo de fletamento; segundo, que una laguna pues no existe ningún artículo que consagre las obligaciones del fletador frente al fletamento por viaje, dejando la única opción de aplicar este mismo artículo lo cual conduce a el tercer problema, las obligaciones del fletador entre uno y otro tipo de fletamento son diferentes partiendo del hecho que en el fletamento por tiempo tiene la gestión comercial del buque a diferencia del fletamento por viaje donde está la continua ejerciendo el fletante, diferencia importante en el tema de responsabilidad y resarcimiento de perjuicios frente a terceros.

No obstante, es verdad que el fletador tanto en el fletamento por viaje como en el fletamento por tiempo tiene a su cargo el pago de combustibles, lo cual no tienen incidencia sobre si tiene o no la gestión comercial, sino que los debe pagar como consecuencia de la utilización del buque.

El artículo 1670 nos habla de las obligaciones que tiene el fletante frente al fletamento por tiempo, donde una vez más surgen varios problemas: por una parte

la primera obligación que establece: “(...) no estará obligado a emprender un viaje en que se exponga a la nave o a las personas a un peligro no previsible (...)” es una obligación que también se aplica para el fletamento por viaje; la segunda obligación consistente en no iniciar un viaje “(...) cuya duración previsible exceda considerablemente, en relación con la duración del contrato, al término de éste.”³³, es más que una obligación un derecho que tiene el fletante, derecho que también aplica frente al fletamento por viaje donde las partes pactan la duración del viaje, la ruta y el tiempo, a diferencia del fletamento por tiempo, cuyo objetivo no es la realización de un viaje.

En este punto es importante aclarar que frente a cualquier fletamento, si la expiración del contrato se cumple mientras el buque está navegando, se entenderá que su duración se prorrogara hasta que el buque arribe al puerto pactado por las partes.

Finalmente el último artículo (1677) que hace parte del fletamento, habla sobre la prescripción de las acciones. Esta es la única ocasión donde señalan las dos clases de fletamento: el fletamento por tiempo determinado y el fletamento por viaje.

El decreto ley 2324 de 1984 “Por el cual se reorganiza la Dirección General Marítima” solo tiene 4 artículos que hablan sobre el tema de fletamento, los cuales son igualmente aplicables al arrendamiento de buques, tema que será tratado en el siguiente capítulo.

De aquí es importante señalar que todo contrato de fletamento y de arrendamiento de buques deberá ser autorizado por la Dirección General Marítima y Portuaria, entendiendo que se refiere a contratos que serán ejecutados dentro del territorio colombiano, con la condición que el buque o nave debe ser de bandera

³³ Íbid. Artículo 1670.

colombiana que tenga en operación el armador, en la ruta o servicios autorizados.³⁴

Nuestro ordenamiento crea una situación especial para la autorización de fletamentos, situación que es diferente de las que hemos mencionado. Esta se refiere al fletamento por sustitución, el cual tiene lugar cuando una nave de bandera colombiana requiere de reparaciones mayores o a sido objeto de una pérdida accidental; circunstancias que facultan al armador o propietario del buque ya sea fletar o arrendar otro buque de iguales características, por el tiempo que dure la reparación o reemplazo, exigiendo que el contrato tenga un plazo máximo de 4 meses.

Si estamos ante una nave que por pérdida accidental sea reemplazada por una nueva que se ordenará construir, el plazo podrá aumentarse a dos (2) años contados desde la expiración del término de los cuatro (4) meses, entendiendo que esta nueva ampliación en el contrato será registrada en la Dirección General Marítima y Portuaria de la Capitanía de Puerto donde el fletamento o el arrendamiento ha de llevar lugar.

El decreto 804 de 2001 “Por el cual se reglamenta el servicio público de transporte marítimo”, a pesar de haber sido expedido de una u otra forma hace poco tiempo, continua cayendo en el error de nuestro legislador en tanto al definir el fletamento, utiliza la definición consagrada en el artículo 1666 del Código de Comercio, disposición que ya fue analizada en párrafos anteriores.

En este decreto se flexibiliza la obligación consagrada por el artículo 156 del decreto ley 2324 de 1984, respecto a que el buque sea de bandera colombiano. Lo anterior ocurre cuando la empresa de transporte marítimo al demostrar que no existe buque de bandera colombiana con la capacidad y aptitudes requeridas,

³⁴ Decreto Ley 2324 de 1984. Por el cual se reorganiza la Dirección General Marítima y Portuaria. Artículo 156, Parágrafo.

podrá, a través del permiso otorgado por la DIMAR, fletar un buque de bandera extranjera.

Caso similar ocurre cuando demuestre “(...) que las condiciones de seguridad, disponibilidad, capacidad técnica y de tiempo de las naves de bandera colombiana ofrecidas por las empresas nacionales de cabotaje habilitadas y con permiso de operación, no son aptas para el servicio que se requiere, (...)”³⁵

Finalmente se debe hacer la diferenciación frente al procedimiento de fletar un buque, ya sea que quien lo haga sea una empresa de servicio de cabotaje o una empresa de servicio internacional:

“Artículo 28: PROCEDIMIENTO: (...)

Empresa de servicio internacional. Las empresas colombianas y extranjeras habilitadas y con permiso de operación, que presten servicio internacional de transporte marítimo, deberán comunicar a DIMAR, previo al ingreso de la nave al servicio, el fletamento o arrendamiento respectivo para su registro.

Empresa de servicio de cabotaje. Las empresas colombianas de transporte marítimo de cabotaje, habilitadas y con permiso de operación, que requieran fletar o arrendar naves o artefactos navales de bandera extranjera para prestar el servicio, deben solicitar previamente a DIMAR la autorización respectiva.”

Por su parte, el Tratado de derecho comercial internacional, en sus artículos 14 y 15 consagra, determinan que el contrato de fletamento se rige y juzga por las leyes y tribunales del país que está domiciliada la agencia marítima con la cual ha contratado el fletador.

Es importante señalar que si estamos ante un contrato internacional, la convención particular será ley para las partes, y estas podrán regular lo referente a

³⁵ Decreto 804 de 2001. Por el cual se reglamenta el servicio público de transporte marítimo. Artículo 27.

la legislación y jurisdicción, mientras estas no estén contra el orden público y las buenas costumbres.

Respecto al tema de la jurisdicción, recordemos lo dicho por el Doctor Guillermo Sarmiento Rodríguez, Vicepresidente para Colombia del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo:

“No debemos olvidar que UNCITRAL nos redactó una ley tipo para la solución de conflictos en forma rápida, mediante el arbitraje, arbitraje que como todos conocemos, para materias marítimas inicialmente se encontraba monopolizada por la Asociación Inglesa de Árbitros, posteriormente se extendió a la de Nueva York, pero que se ha venido poniendo en práctica en muchos otros países en los centros de arbitraje y solución de conflictos de las respectivas Cámaras de Comercio.”³⁶

³⁶ SARMIENTO RODRIGUEZ, Guillermo. “Autonomía del Derecho Marítimo?” Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo. Santo Domingo, República Dominicana. 2006. Pág.15 [on line] www.institutoiberoamericanodederechomaritimo.com/admin/file.php?file=CF-2006-022.rtf -

2. EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE BUQUE

2.1 NOCIONES BASICAS DEL CONTRATO

2.1.1 Diferencia entre el fletamento y el arrendamiento de buques. Una vez se ha analizado el contrato de fletamento desde su acepción general hasta determinar las diferencias de cada uno de sus tipos de contrato, damos inicio al estudio del contrato de arrendamiento de buque. En nuestra legislación, el arrendamiento es regulado en un capítulo diferente al del contrato de fletamento.

A diferencia de nuestro ordenamiento jurídico, en otros ordenamientos como el mexicano el contrato de arrendamiento de buque es tomado como un tercer tipo de fletamento, el denominado Fletamento a casco desnudo conocido por el derecho anglosajón como "*Bareboat charter*" y en otros, como el español, no existe regulación alguna, teniendo un desarrollo meramente jurisprudencial donde el contrato ha sido asemejado al arrendamiento de cosas regulado por el Código Civil español.

La razón para que legislaciones como la mexicana tomen el arrendamiento de buques como otro tipo de fletamento es porque conciben para el arrendador la misma obligación que tiene el fletante de poner a disposición del fletador el buque a cambio de un precio, aplicándose de esta forma la misma definición que en el fletamento por tiempo y por viaje donde se diferencian en que el primero es por un tiempo determinado y el segundo por un viaje determinado.

A pesar de tener la misma definición, sí especifican que en el fletamento a casco desnudo se cede la gestión náutica y la comercial, siendo este punto donde para

nosotros así como para la legislación venezolana, estriba la diferencia entre estos dos contratos que conduce a que se estudien y regulen separadamente.³⁷

Con lo anterior, la ubicación del contrato de arrendamiento de buques es diferente dependiendo de la posición que el ordenamiento jurídico tome respecto a su semejanza o no con el contrato de fletamento. La legislación mexicana lo regula dentro del capítulo del contrato de fletamento y para otras como la nuestra se encuentra consagrado en un capítulo aparte.

Nuestro Código de Comercio, al ubicar el contrato de arrendamiento de buques en un capítulo diferente, resalta la diferencia que existe en el hecho de que se presente o no la reserva de la gestión náutica. En el caso del arrendamiento de buques donde junto a la cesión de la gestión comercial también se cede la gestión náutica, determina que las obligaciones de las partes tanto en el campo de responsabilidad contractual y extracontractual serán diferentes a las obligaciones de las mismas en el fletamento, diferencia que también se presenta en la forma de demostrar la existencia del contrato, ya que el arrendamiento de un buque no

³⁷ Decimocuarta Reunión Ordinaria del Comité de Autoridades de Transporte Acuático (CAATA). Maracaibo Venezuela. 2005

“(…) Se sugiere incluir en el artículo 5 del Anteproyecto que los buques pueden ser *“fletados o arrendados a casco desnudo.”* De ese modo se precisarían los términos y se diferenciaría esa modalidad de las otras contempladas en el artículo y de los demás tipos de contratos de fletamento que es posible suscribir, ya que si bien en muchas legislaciones se usan como sinónimos, doctrinariamente existe diferencia entre el contrato de arrendamiento y el contrato de fletamento en algunas de sus modalidades. Así pues, la doctrina y la jurisprudencia no siempre han coincidido en que el fletamento sea admitido como un arrendamiento, puesto que todo en él se subordina al transporte de las mercancías al puerto convenido. Cabe agregar que el fletante no arrienda en el efectivo sentido de este vocablo; ello se observa especialmente, cuando se trata de diferentes fletadores simultáneos de un mismo buque. El fletador limita su derecho al empleo por sí mismo de unos espacios que integran el arqueo de las bodegas o la superficie de las cubiertas o el transporte en toneladas de desplazamiento de su buque, mientras que el fletante continúa en la posesión y explotación del buque fletado. Es así que, la naturaleza jurídica del fletamento queda supeditada a la transportación de las mercancías, por un tiempo o viaje determinado. Por otro lado, en el caso del arrendamiento el propietario cede el uso y utilización del buque al arrendatario, por precio y tiempo determinado, para que éste lo explote por su cuenta. Tiene dos variedades, según que el cedente se reserve o no la gestión náutica del buque. En este último caso se dice que se arrienda a casco desnudo, y bajo cuya modalidad los fletadores designan al Capitán -e incluso al Jefe de Máquina - aunque sometiendo dicha designación a la aprobación y conformidad del propietario. En este caso el objeto del contrato es el buque o nave en sí mismos. Podría decirse que el término preciso es el de arrendamiento, pero toda vez que algunas legislaciones los consideran sinónimos, es más conveniente hacer referencia a los dos términos.” [on line] Disponible en: <http://209.85.215.104/search?q=cache:HKJS2nNasigJ:intranet.comunidadandina.org/Documentos/Reuniones/DFinales/S+G+CAATA+XIV+ACTA.doc>

puede ser probado mediante el conocimiento de embarque como puede ocurrir en el fletamento por viaje.

En el arrendamiento de buque, el propietario - arrendador del buque no tiene las mismas obligaciones de un fletante ni se comporta como tal, aquí, sus obligaciones son cumplidas para dar inicio al contrato, las cuales se circunscriben en garantizar el estado de navegabilidad del buque dispuesto para ser arrendado, así como la entrega oportuna del mismo al arrendatario.

El hecho de ceder la gestión náutica al arrendatario, lo convierte en el armador³⁸ temporal por el tiempo que dure el contrato, responsabilizándolo de todos los eventos que puedan ocurrir en función del uso y explotación del buque. Tan es así, que tiene la facultad de designar al capitán y la tripulación, así como de armar y equipar el buque.

Una diferencia para resaltar entre estos dos contratos, radica en que en el arrendamiento el propietario de la nave se desliga del resultado económico de la empresa de transporte, mientras que en el fletamento propiamente dicho el fletante no se desliga de la perfecta consumación de la obra.³⁹

En sentencia del 15 de mayo de 1992, el Doctor Alberto Ospina Botero nos aclara la diferencia de estos contratos:

“El arrendatario al adquirir uso de goce de la nave adquiere el control de la misma y, por lo tanto, contrae responsabilidad como armador, y aunque expresamente no lo establece el ordenamiento, recibe el buque desprovisto de capitán y tripulación; en cambio en el fletamento, el fletante al entregar la

³⁸ Corte Suprema de Justicia Colombiana. Sentencia No. 168 de 15 de Mayo de 1992. Magistrado Ponente Dr. Alberto Ospina Botero: “Derechos del propietario-armador. Cuando el primero se desprende o cede la administración y explotación comercial de la nave a otra persona, ésta adquiere el carácter de armador, y la hipótesis acontece a través del contrato de arrendamiento.”

³⁹ Tribunal Supremo Español. Sala de lo Civil. Sede Madrid. No de resolución 797 del 26 de julio de 1990. Magistrado Ponente Excmo. Sr Don Jesús Marina Martínez Pardo

nave, no solo despoja del control de la misma y la entrega al fletador armada y equipada, generalmente comprendiendo en ella capitán y tripulación. El contrato de arrendamiento y fletamento de naves, son dos negocios jurídicos que difieren, que en forma alguna que pueden ser confundidos porque entre ellos existen notorias y sustanciales diferencias (...).

*En el supuesto de negociar o ceder al propietario armador el uso de la nave, incluyendo su dotación y su personal, más no así la administración del buque, tal acto jurídico no es de arrendamiento, sino un contrato de fletamento en el que el fletante es el armador y por ende esta última calidad no la tiene el fletador. (...)*⁴⁰

Otro punto que diferencia al arrendamiento de buques respecto al fletamento es el contrato o la póliza usada como prueba. En el arrendamiento de buques existe una proforma internacionalmente conocida y utilizada, creada por la organización *The Baltic and International Maritime Conference (BIMCO)*, llamada *BARECON 2001* la cual analizaremos más adelante. A pesar de la existencia de esta proforma las partes pueden celebrar un contrato privado conforme las cláusulas que pretendan ser exigidas dentro de este, siendo así las únicas pruebas que se tienen del contrato de arrendamiento.

Con lo anterior podemos encontrar una diferencia importante con el contrato de fletamento. Este tiene más formas de probarse, no solo por medio del contrato privado creado bajo las estipulaciones de las partes o a través de la proforma utilizada, sino también en los casos que el fin del mismo sea el transporte de mercancías, podrá ser probado con el Conocimiento de Embarque en el cual constan los elementos esenciales que lo estructura.

Un contrato de arrendamiento de buque nunca tendrá como causa el transporte de mercancías, en tanto el arrendador no tiene parte en la explotación económica del

⁴⁰ Sentencia No 168. 15 de Mayo de 1992.

transporte. Puede ser este el fin por el cual el arrendatario quiere tener la tenencia del buque pero esta causa no tiene nada que ver con el contrato que se tiene con el arrendador, pues si así fuera nos encontraríamos ante un fletamento donde el arrendador sería un fletante que para ser parte de la explotación económica debe tener la gestión náutica del buque.

Dentro de la jurisprudencia española, cabe citar la sentencia del 1 de abril de 1995 del Tribunal Supremo, M. P. Eduardo Fernández – Cid de Temes, donde presenta la distinción entre un contrato de fletamento por tiempo y el arrendamiento de buques:

*“ (...) en el fletamento por tiempo (time-charter), cual es el caso, el control del capitán y de la dotación lo conserva el fletante, quien se compromete a poner a disposición del fletador los servicios del capitán y de la tripulación para conseguir el fin del contrato, pero el capitán, aunque sometido a las órdenes del fletador en la ejecución del mismo, conserva la posesión del buque en representación del fletante, de manera que al terminar el contrato nada hay que devolver a éste, extremos que diferencian el contrato de fletamento del arrendamiento del buque, aunque ambos institutos jurídicos mantengan grandes semejanzas (...)”.*⁴¹

Conforme a esta sentencia, la diferencia entre el fletamento por tiempo y el arrendamiento de buque estriba en que en el primero el fletante conserva la posesión del buque, aunque el capitán se someta a las órdenes del fletador en la ejecución del contrato, entendiendo que estas órdenes se circunscriben exclusivamente en el campo comercial, punto que conlleva una diferencia adicional con el arrendamiento donde las ordenes del arrendatario para con el Capitán son tanto de orden comercial como náutico.

⁴¹ Tribunal Supremo Español. Op., Cit

2.1.2 Naturaleza Jurídica. La naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento o locación de buques radica en la cesión del uso y goce del buque que hace el arrendador o locador al arrendatario o locatario, entregándole la responsabilidad de la navegación, administración y aprovechamiento del buque, a cambio del pago de una suma de dinero por el alquiler del mismo.

El arrendatario, en virtud de la transferencia de la tenencia del buque, asume la gestión náutica⁴² y comercial junto a todos los derechos y obligaciones inherentes a la explotación del buque, convirtiéndose no solo en armador sino también en naviero o empresario de la navegación marítima, durante la vigencia del contrato.

Al finalizar el contrato surge para el arrendatario, la obligación de restituir el buque al arrendador en el estado que lo recibió, salvo el uso normal de este y de su maquinaria, mientras que el arrendador se obliga a garantizar durante la vigencia del contrato el estado de navegabilidad del mismo, y el uso y goce pacífico del buque.

El contrato de arrendamiento puede presentarse de dos formas ya sea: el arrendamiento de casco desnudo (*bareboat charter*) o el arrendamiento de buque armado y equipado (*bareboat charter by demise*), diferenciándose en la cesión o no de las relaciones laborales.

Es importante hacer referencia a una tercera forma que se ha venido utilizando desde la década del 70, el arrendamiento financiero del buque o *leasing naval*, contrato que cumple con una doble función: servir para financiar la construcción y la explotación del buque, y entrar a ser parte del contrato de arrendamiento si así lo pactan las partes, sin necesidad de celebrar otro, en tanto este se presenta dentro de la cláusula de opción de compra.

⁴² En ingles, el hecho de que el arrendatario no se reserve la gestión náutica, es conocido como “*Demisse of the ship*”, con lo cual diferencian el fletamento por tiempo o “*time charter*”.

En ambos eventos, el arrendatario deviene naviero o titular de la empresa de navegación; en el primer caso por contratar directamente a la tripulación y en el segundo porque dentro del contrato se encuentra pactado la cláusula de cesión de la tripulación.

La tenencia del buque que es cedida al arrendatario, implica que el arrendador le transfiere el derecho de hacer lo que éste último desee, respecto al Capitán, tripulación, administración y empleo del buque, convirtiendo al arrendatario en el armador temporal del buque durante la vigencia del contrato.

Este es un contrato que se usa habitualmente para ocasiones especiales, tales como:

- Las compañías navieras cuando quieren ampliar su flota por una creciente demanda de mercado y no pueden esperar el tiempo que requiere la construcción de uno nuevo, o cuando no desean arriesgarse de momento a una alta inversión, en este supuesto además se puede convenir la venta a la finalización del contrato.
- Los buques de no fácil introducción en el mundo naval
- Los gobiernos para ampliar el transporte marítimo
- Por cambio de abanderamiento temporal.⁴³
- Igualmente cuando las compañías navieras que, sirviendo con sus buques una línea regular, tienen necesidad de arrendar un buque con el fin de sustituir los que se encuentren en reparación entendiendo que el contrato dura el tiempo que dure la misma

Es un contrato solemne que debe constar por escrito ya sea conforme a las cláusulas determinadas por las partes o adoptando la proforma *BARECON 2001* creada por la organización *The Baltic and International Maritime Conference*

⁴³ FERREIRO, Sonia. Contratos de Transporte Marítimo. [on line] Disponible en. <http://transporteinternacional.blogspot.com/2006/11/contratos.html>.

(*BIMCO*), que será analizada más adelante y *Shell demise* también conocida como *Time charter by demise*.

Para que el contrato se configure y pueda perfeccionarse, lo pactado por las partes deben estar determinado cumpliendo con los elementos de la esencia, pactando los elementos de la naturaleza y si se presentan los accidentales, tales como lo verificamos a continuación:

- **Elementos de la esencia**

Estos elementos son los que permiten que el contrato exista, podría catalogarse como las características que lo definen, identifican y diferencian del resto de contratos celebrados cuyo objeto es la explotación del buque.

a. El objeto: En él se determinan las obligaciones de las partes, pudiendo ser comprendidas por la entrega del buque por parte del arrendador, junto a la contraprestación que le pague el arrendatario hasta el día que le restituya el buque.

b. La causa: Es el motivo que lleva a las partes a celebrar el contrato. Con relación al arrendatario es claro que su propósito es el uso del buque, pero frente al arrendador la entrega del uso del buque puede darse debido a dos propósitos: por un lado le permite tener una operación financiera que le trae beneficios, en tanto al arrendar el buque puede llegar a recuperar la inversión hecha en la compra del buque o por lo menos recibir una renta de un bien que podría encontrarse en el astillero si no tiene forma de ser explotado por el mismo.

c. El buque: Es el bien sobre el que recae el contrato, entendiendo que debe estar en estado de navegabilidad.

d. El precio: Será conforme a lo pactado por las partes por concepto del arrendamiento del buque.

- **Elementos de la naturaleza.** Son elementos en los que las partes no están obligadas a pactar por cuanto son inherentes al contrato que estamos analizando. De esta forma, partiendo del hecho que para que el contrato de arrendamiento de buque pueda perfeccionarse es necesario la transferencia del buque por parte del arrendador al arrendatario, de esta transferencia está implícita la garantía que debe ir conjunta al buque, de que este pueda ser usado por el arrendatario de una forma pacífica sin la intervención de terceros que puedan perseguir el bien, igualmente se presenta la obligación para con el arrendador de responder por los vicios ocultos que puedan presentarse frente al bien objeto del contrato.

Por parte del arrendatario existe la obligación de asegurar el buque a través de un Club de P&I⁴⁴, de garantizar si así lo exigiera el arrendador, el cumplimiento del contrato a través de una garantía bancaria.

- **Elementos accidentales.** Como fue establecido en el capítulo anterior, estos se refieren a elementos, cláusulas que las partes quieran pactar y que no son usualmente utilizadas para este contrato, entendiendo que las mismas no pueden ser violatorias de la ley.

⁴⁴ SARMIENTO RODRIGUEZ, Op., cit. “(...)seguro mutuario en Inglaterra conocido como los Clubes de Protección e Indemnización, que funcionan de forma muy diferente a las Compañías de Seguros Terrestres, toda vez son asociaciones muturias en las que se reúnen los armadores o propietarios de buques para asegurar los riesgos de los otros y asegurase individualmente de los riesgos que corren, estos Clubes aparecieron tomando como ejemplo lo que se practicó en los países del Mediterráneo y Medio Oriente cuando las caravanas de mercaderes soportaban colectivamente las pérdidas que podían sufrir como consecuencias de robos o ataques, durante su expedición; su origen fue la reacción frente al desmesurado costo de la prima del seguro de casco que cotizaban los diferentes aseguradores en Londres.”

- **Elementos Personales**

a. Arrendador: Es la persona natural o jurídica propietaria del buque quien cede el uso y goce del mismo al arrendatario.

b. Arrendatario: Es la persona natural o jurídica a quien se le cede el buque, adquiriendo de esta forma la calidad de armador y naviero.⁴⁵

2.1.3 Obligaciones de las partes

2.1.3.1 Obligaciones del Arrendador

a. Su obligación principal es ceder el uso y disfrute del buque al arrendatario, con el fin de que este último pueda ejercer la empresa de navegación.

Para que esta obligación pueda ser realizada, deben cumplirse las siguientes obligaciones: dejar el buque a disposición absoluta del arrendatario conforme a lo estipulado por las partes (capacidad y condiciones especiales), entrega que debe darse en la fecha y lugar estipulados.

Igualmente surge la obligación de entregar el buque sano de quilla y en estado de navegabilidad⁴⁶, provista de los documentos necesarios y exigidos por la autoridad marítima.

⁴⁵ ARROYO, Ignacio. Compendio de derecho marítimo. Madrid. Editorial Tecnos, Segunda Edición. 2005. “Empresario marítimo es la persona, física o jurídica, que con carácter habitual y en nombre propio desarrolla una actividad empresarial que tiene por objeto la explotación o utilización del buque. El naviero es, por tanto, el titular de la empresa marítima (...)” p. 95

- b. Mantener al arrendatario en el uso pacífico del buque.
- c. Realizar las reparaciones necesarias que lleguen a presentarse por defectos ocultos del buque que no sean susceptibles de escapar a una razonable diligencia, por fuerza mayor o debido al deterioro por el uso normal del buque, según el empleo convenido.⁴⁷
- d. Garantizar que sobre el buque no existe ninguna hipoteca adicional de las ya estipuladas en el contrato.
- e. Responder por el pago al arrendatario, de las obras que hayan redundado en beneficio del buque, en el evento que hayan sido contratadas ya sea por el Capitán a órdenes del arrendatario o por este último.

2.1.3.2 Derechos del arrendador

- a. El arrendador tiene el derecho de retención sobre las mercancías custodiadas por el arrendatario y sobre el flete en caso que se presente un incumplimiento por parte de este último frente al pago periódico pactado por el arrendamiento del buque, así como el resto de obligaciones que deben ser cumplidas conforme lo estipulado por las partes o por la proforma utilizada.
- b. Tiene el derecho de dar por terminado el contrato así como exigir la indemnización de perjuicios causados, cuando el arrendatario no le haya dado al buque el debido uso conforme a sus características, al empleo convenido y a lo regulado por los documentos expedidos por la autoridad marítima nacional.⁴⁸

⁴⁶ Código de Comercio colombiano. Editorial Leyer. Bogotá D.C. 2002. Artículo 1681 “El arrendador será responsable de los daños derivados de defectos de navegabilidad (...)”.

⁴⁷ Íbid. Artículo 1680

⁴⁸ Íbid. Artículo 1683.

2.1.3.3 Obligaciones del Arrendatario

Las obligaciones del arrendatario son mucho más extensas que las del arrendador, ya que este al asumir la calidad de armador por el término de vigencia del contrato, asume el papel del responsable tanto en la gestión náutica como en la gestión comercial del buque.

- a. Recibir el buque.
- b. Pagar el alquiler pactado en la forma que se haya estipulado. En esta obligación donde el abono se hace en las fechas fijadas, este podrá cesar o disminuir su cuantía según lo estipulado, en el evento que se presente la inactividad del buque por incumplimiento en las obligaciones del arrendador que no permitan el uso comercial del buque, entendiéndose que serán por periodos de veinticuatro horas.
- c. Se responsabiliza de la navegación, administración y explotación del buque.
- d. Hacerse cargo de todos los gastos correspondientes a la gestión náutica tales como contratación de la tripulación y como consecuencia de esta relación laboral, el pago de los salarios devengados por sus miembros, el mantenimiento del buque, el pago de los seguros del buque (seguro del casco, maquina y equipos).
- e. Hacerse cargo de todos los gastos para la gestión comercial tales como: provisiones, el combustible y los gastos de escala y de puerto.

f. Utilizar el buque de conformidad con lo estipulado por las partes o conforme a la proforma, según las características técnicas del mismo, y de acuerdo a los documentos exigidos por la autoridad marítima, incluyendo sólo mercancía lícita y no peligrosa dentro de los límites geográficos, utilizando en todo momento los puertos seguros.

g. Dar garantía bancaria antes de proceder a la entrega y la devolución de la nave al fletante.

h. Contratar los seguros (casco y maquinaria, P&I).

i. Responder del pago de los suministros que hubiere encargado y de los daños al cargamento.

j. Responder por culpa, tanto propia como de sus auxiliares, teniendo la carga de la prueba si quiere exonerarse de la responsabilidad, entendiendo que se actúa como armador del buque.

k. Reparar todo daño o deterioro causado por el uso anormal o indebido de la nave.⁴⁹

l. Devolver el buque en la fecha y lugar convenidos, en las mismas condiciones que lo recibió, salvo por el desgaste natural. En el evento que no se haya pactado el puerto en el cual se devolverá el buque, se entenderá que es en el domicilio del arrendador.

En el evento que se encontrare realizando un viaje en el tiempo en que debe ejecutar esta obligación, se entiende prorrogado el contrato hasta la terminación del viaje, caso en el cual continua pagando el precio estipulado

⁴⁹ Íbid. Artículo 1684

por el arrendamiento del buque durante la prórroga del contrato, salvo que las partes pacten algo diferente.

m. Conforme a nuestra legislación, el arrendatario no podrá subarrendar el buque, sin autorización del arrendador. Artículo 1679 Código de Comercio.

n. Responde de todas las reclamaciones de terceros que sean consecuencia de la operación y explotación del buque, ya sea por acciones u omisiones tanto del arrendatario como de la tripulación en tanto de ella responde este último.

2.1.3.4 Derechos del Arrendatario.

a. Tener la calidad de armador y como tal los derechos y obligaciones de este.⁵⁰

b. Tiene el derecho a recibir en su totalidad cualquier clase de retribución a que el buque se haga merecedor por la ejecución de salvamentos, toda vez que en virtud del arrendamiento del buque, el arrendatario se comporta como un armador.

c. Al comportarse como armador tiene el derecho de cambiar la bandera del barco, entendiendo que el nuevo registro así como el registro que debe hacer al momento de restituir el buque con su bandera original correrá por su cuenta⁵¹. Se prohíbe, salvo autorización expresa del

⁵⁰ Íbid. Artículo 1682

⁵¹ BIMCO Standard Bareboat Charter. Code Name Barecon 2001. Part II “Clause 10. Maintenance and Operation: (...) d. Flag and name of Vessel: During the Charter period, the charterers shall have the liberty to paint the Vessel in their own colours, install and display their funnel insignia and fly their own house flag. The Charterers shall also have the liberty, with the Owners’ consent, which shall not be unreasonably withheld, to change the flag and/or the name of the Vessel

arrendador, cualquier modificación estructural del buque, la cual si lo desea el arrendatario, deberá ser cambiada a su estado original al momento de la restitución del buque.

2.2 EXTINCIÓN DEL CONTRATO

Al revisar la regulación que nuestro legislador le da al arrendamiento de buque, el único artículo en el que se menciona el evento de la terminación del contrato es cuando el buque aun se encuentre en viaje, caso en el cual se consagra que el contrato se prorroga en las mismas condiciones hasta la terminación del viaje.

Por esta razón, y en virtud de las fuentes vinculantes de la *lex mercatoria* donde la primera fuente vinculante es la convención entre las partes, podríamos decir que la extinción del contrato se sujetara a lo pactado por las partes.

Igualmente cabe recordar que este tipo de contrato es usualmente celebrado bajo la proforma conocida como *Barecon 2001*, la cual surge de las reformas que se le hicieron a la inicial proforma llamada *Barecon 89*. En ella, existen las causales de terminación del contrato que le serán aplicadas a las partes que regulen su relación jurídica bajo esta proforma.

A pesar de que las partes pueden pactar la forma y las causales para darle fin al contrato, ya sea por medio de un contrato celebrado entre ellas o acogiendo una de las proformas existentes que más se adecue a sus intereses, es necesario determinar y enunciar las causales más importantes que pueden dar lugar a la extinción del contrato de arrendamiento de buque:

- Por el transcurso del tiempo establecido en el contrato;
- Por voluntad de las partes;
- Por el cumplimiento del fin previsto;

during the Charter Period. Painting and re-painting, installment and re-installment, registration and re-registration, if required by the Owners, shall be at the Charterers' expense and time." Pág 4.

- Por imposibilidad definitiva o temporal del cumplimiento del contrato;
- Por el incumplimiento de las obligaciones que cada una de las partes tienen.

2.3 TIPOS DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE BUQUE

2.3.1 Arrendamiento a casco desnudo. En este tipo de arrendamiento, el arrendador le cede al arrendatario el uso y goce de un buque totalmente desarmado o insuficientemente armado y equipado, entendiendo que dentro de su concepto tampoco se incluye la tripulación, la cual es contratada directamente por el arrendatario.

De esta forma la obligación principal del arrendador con relación al bien objeto del contrato es que el casco se encuentre en condiciones de navegabilidad.

2.3.2 Arrendamiento de buque armado y equipado. En el derecho anglosajón este contrato se denomina *time charter by demise o demise charter*. En él, el buque a diferencia del anterior tipo de arrendamiento, se encuentra listo para navegar, no solo porque cuenta con las condiciones de navegabilidad, sino que también está perfectamente armado de tal forma que en la cesión que el arrendador hace al arrendatario del buque, se incluye la tripulación, entendiendo que la misma (Capitán y tripulación), que es contratada directamente por el arrendador pasa a órdenes del arrendatario tanto en la gestión comercial como en la náutica.

2.3.3 Arrendamiento financiero del buque. No obstante que el arrendamiento de buque más usado es el de “casco desnudo”, en él se suele estipular arreglos financieros, que conduzcan a la compra del buque arrendado dando lugar al surgimiento del tercer tipo de arrendamiento.

El arrendamiento financiero de buque o *leasing naval* es un contrato en virtud del cual el arrendador, cede temporalmente (normalmente diez años) a otra, el arrendatario, el uso pacífico de un buque junto a la opción de compra final, a cambio de una renta.

Este contrato, busca ser útil para financiar la construcción del buque y la explotación del mismo. En países como España, su función es fomentar la formación de flotas nacionales como medio para garantizar la exportación de materias primas y como elemento de equilibrio en el mercado de fletes.⁵²

Para lograr estos propósitos, al contrato base, es decir el de arrendamiento a casco desnudo, se le incluye la cláusula de opción de compra, de tal manera que una vez el arrendatario decida comprar el buque, los pagos hechos mensualmente por concepto del alquiler del bien, se le imputarán como parte del pago por la compra del buque, entendiendo que, el arrendador se convierte en vendedor y que en tal calidad, conserva la propiedad hasta que se pague la totalidad del precio.

A pesar de que nuestro Código de Comercio no contempla esta figura, el Decreto 804 de 2001 sí se refiere a este tipo de arrendamiento, en el capítulo que trata sobre la “Habilitación y permiso de operación para empresas de transporte marítimo”, remitiéndose exclusivamente al caso en que una empresa colombiana pacte la compra obligatoria de un buque de bandera extranjera, se entenderá que pasados siete (7) años de celebración del contrato de arrendamiento financiero⁵³, se podrá asimilar para todos los efectos, que se es propietario de un buque de bandera colombiana, no sin antes cumplir con los siguientes requisitos:

“1. Presentar original y copia del contrato respectivo para su registro. Una

⁵² ARROYO, Op., cit., p 136

⁵³ En este evento, no podemos asegurar que estamos ante una opción de compra final, todo dependerá del término de duración del contrato. Si la vigencia es de 7 años será final, pero si el contrato tiene una vigencia mayor estaríamos ante una opción de compra confirmada en la mitad del contrato, pudiendo pensarse que esto acarrearía una multa para el arrendatario a favor del arrendador.

vez registrado, se devolverá el original al solicitante

2. Que la nave o artefacto naval no tenga más de diez (10) años de construida.

3. Matricular la nave a su nombre como propietario dentro de los siete (7) años de vigencia del contrato.

4. Indicar el valor comercial de la nave al momento de la celebración del negocio jurídico.

5. Presentar póliza de cumplimiento por un monto equivalente al 3% del valor comercial de la nave o artefacto naval referido a la fecha de celebración del contrato o entrega de la nave o del valor que fuere más alto, para responder por el incumplimiento de la compra de la nave o artefacto naval y su matrícula a bandera colombiana. Dicho monto se aplicará por cada año o proporcionalmente por cada día de explotación de la nave o artefacto naval. Las causales de exoneración son las establecidas por la ley.

La póliza debe constituirse a favor de la Nación Colombiana-Ministerio de Defensa Nacional- Dirección General Marítima-DIMAR, la cual se debe mantener vigente durante el tiempo que dure el contrato.

6. Cumplir con la legislación nacional vigente para naves de bandera colombiana, con relación a la nacionalidad del capitán, los oficiales y la tripulación.”

Dentro de la normatividad internacional, cabe mencionar la Convención sobre Arrendamiento Financiero del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), suscrita en Ottawa el 28 de mayo de 1988, la cual, a la fecha no ha sido ratificada por Colombia.

2.4 NORMATIVIDAD APLICABLE

Con relación a la normatividad nacional que regula este contrato, podemos enunciar como objeto de análisis e interpretación el Código de Comercio colombiano y el Decreto 804 de 2001 que consagra el “Régimen de transporte marítimo”.

Por otra parte, en el ámbito regional, se encuentra la Decisión 487 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones sobre garantías marítimas (hipoteca naval y privilegios marítimos) y embargo preventivo de buques.

El Código de Comercio consagra en un título aparte al del contrato de fletamento, el “*Del Arrendamiento de las naves*” (TÍTULO XI), definiendo el contrato en el artículo 1678:

“Procedencia y documentación del contrato:

Habrá arrendamiento cuando una de las partes se obliga a entregar a la otra a cambio de un precio, el uso y goce de una nave, por tiempo determinado.

Este contrato se proba por escrito, salvo que se trate de embarcaciones menores”

En este artículo, el legislador le hubiese dado al arrendamiento la calificación usada en la práctica: el arrendamiento a casco desnudo. Así mismo debería ser incluido el arrendamiento financiero con opción de compra como una forma en que puede presentarse este contrato.

Así mismo, entendiendo que el código fue promulgado en el año de 1971 donde aun no operaba la figura del arrendamiento financiero de los buques, es entendible que para la época el legislador no lo consagra, pero las exigencias que se presentan en el comercio marítimo internacional conducen a exhortar a que esta sea anexada a nuestra regulación nacional; sin menospreciar la mención que sobre este contrato se hace en el Decreto 804 de 2001 pero que por la regulación que se consagra en el mismo, no permite que se delimite y describa a fondo este contrato.

El artículo 1679 del código en cuestión, consagra la prohibición que tiene el arrendatario de subarrendar el buque salvo autorización del arrendador, subarriendo que debe cumplir con lo preceptuado por el artículo precedente.

Por su parte, el artículo 1685 habla de la prórroga del contrato, la cual se presenta bajo expreso consentimiento del armador aun sí, al vencimiento del contrato el arrendatario continúa con el buque en su poder.

A pesar de lo anterior, surge la excepción de prórroga del contrato sin el consentimiento del arrendador en el evento de que el contrato finalice mientras el buque se encuentre en viaje, entendiendo que el contrato se tiene por prorrogado hasta la terminación del mismo.

El segundo inciso del artículo en cuestión debería ser parte de un artículo diferente, que podría denominarse devolución tardía del buque por cuanto, se presenta una tenencia de hecho, inciso trata del evento en el que el arrendatario no hace la devolución del buque ya sea al momento de finalizar el contrato conforme lo estipulado por las partes, o en el momento en que finaliza el viaje del buque, caso en que como ya se dijo, el contrato debió ser prorrogado por el tiempo en exceso que demoró la finalización del viaje.

Así, el arrendatario que permanezca con la tenencia del buque debe pagar al arrendador la suma estipulada en el contrato aumentada en un 50%; estando

igualmente obligado a conservar debidamente la cosa sin que con ello cese su obligación de restituir. Si el tiempo que demore en hacer la restitución del buque excede la tercera parte del tiempo del contrato, habrá lugar a que el arrendatario indemnice al arrendador por todos los perjuicios causados.

La sanción del 50% impuesta por el legislador, también se aplica en el evento en que por culpa del arrendatario el contrato termine cuando aún el buque este en viaje.

El ultimo artículo consagrado en el Código de Comercio, el 1687, consagra la prescripción de las acciones, entendiéndose prescritas en un año, contado desde la terminación del contrato o desde que el buque sea restituido. En caso de pérdida presunta del buque, la acción corre desde la fecha de cancelación de la matrícula.

Así, conforme lo estipulado en la acápita de las obligaciones de las partes, y conforme la regulación que en materia internacional existe y ha nacido de los usos y costumbres internacionales como se verá más adelante, no hay duda que la regulación a pesar de no tener mayores imprecisiones tal como se pudieron presentar conforme lo analizad en el capítulo del fletamento; puede ser catalogada como una regulación básica que no permite interpretar el contrato en toda su extensión, dejando vacíos respecto a cláusulas tan importantes como las obligaciones de las partes, terminación del contrato, suspensión del contrato, entre otros.

El Decreto 804 de 2001 “Régimen de transporte marítimo en Colombia”, regula lo concerniente al registro que debe seguirse después de la celebración del contrato de arrendamiento del buque.

El artículo 11 señala los requisitos que debe cumplir la empresa interesada en prestar servicio público de transporte marítimo, para poder ser habilitada y tener su permiso de operación. Uno de los requisitos es relacionar y especificar las

características de la nave o naves con las que se prestará el servicio, enunciando si estas son propias o arrendadas.

Cuando la nave base de la habilitación y permiso de operación sea arrendada, el contrato debe tener una duración mínima de seis (6) meses y se debe anexar copia del mismo al formulario de registro de contrato de fletamento; si el contrato está en idioma diferente al castellano se deberá anexar la respectiva traducción.⁵⁴

Es clara la imprecisión de concepto en el párrafo anterior ya que asimila el contrato de fletamento al de arrendamiento, dando a entender que para el legislador arrendar es lo mismo que fletar, conceptos que ya se encuentran bien diferenciados. Por esto, la única lectura que podemos darle a lo consagrado en el artículo 11 es que el registro de los dos contratos se realiza de la misma manera.

Si se vence el contrato de arrendamiento, sin que se haya suscrito uno nuevo o prorrogado el anterior, se procederá a imponer las sanciones dispuestas en la Ley 336 de 1996.

Los requisitos que deben ser cumplidos dentro del formulario para registrar el contrato, son los mismos tanto para el fletamento como para el arrendamiento:

“1. Nombre, bandera, características generales, clasificación y tipo de la nave, fletador, fletante, usuario, garantía para responder por contaminación marina y certificado Internacional de Prevención de la Contaminación por Hidrocarburos (IOPP) vigente.

2. Servicio que prestará la nave, indicando la ruta que va a cubrir o los puertos de cargue y descargue, así como las fechas aproximadas de arribo o zarpe, de cargue o descargue en puerto colombiano o extranjero, según corresponda.

3. Tiempo de duración del fletamento o arrendamiento o número de viajes a realizar.

4. Clase de carga a transportar; los usuarios deben indicar además la

⁵⁴ Decreto 804 de 2001: Artículo 11 numeral 4, inciso segundo.

cantidad de carga.

5. Corredor de fletamento nominado, cuando exista.

6. Agente marítimo nominado. (...)⁵⁵

Es importante transcribir el ultimo inciso del artículo 31 del Decreto en estudio el cual señala: *“REGISTRO DE FLETAMENTO O ARRENDAMIENTO (...) Para el arrendamiento o fletamento por tiempo o por viajes el registro se efectuará dentro de los veinte (20) días siguientes a la celebración del contrato.”*

Aquí nos queda el interrogante si al artículo se le debe realizar una interpretación restrictiva o no, en tanto es claro que el legislador asimila los dos tipos de contrato: arrendamiento y fletamento como si fuera uno solo.

A pesar de esto, al mirar la división que se presenta en el Código de Comercio, podemos entender que fue una más de sus imprecisiones y que el término para hacer el registro se aplica tanto a los contratos de fletamento ya sea por tiempo o por viaje, así como a los de arrendamiento de buque, en cualquiera de sus modalidades.

Ahora, revisando lo contenido dentro de la regulación regional - comunitaria, se encuentra la Decisión 487 de 2002 de la CAN que hace parte del ordenamiento jurídico interno desde el momento que entró en vigencia. En ella, a pesar que regula un tema que no es objeto del presente análisis, nos sirve porque dentro de sus definiciones se encuentra la de Fletamento a casco desnudo⁵⁶:

“Fletamento a casco desnudo: El contrato de arrendamiento válido y debidamente registrado de un buque, por tiempo determinado, en virtud del cual el arrendatario tiene la posesión y el control pleno del buque, incluido el

⁵⁵ Íbid. Artículo 29

⁵⁶ Esta definición es tomada del Convenio de Naciones Unidas sobre Inscripción de Buques de Ginebra

derecho a contratar al capitán y a la tripulación por el período del arrendamiento”

Consideramos que esta definición puede ser tenida en cuenta para hacer una actualización de fondo sobre el contrato de arrendamiento de buques, pues, a pesar que no es del todo completa, si muestra un elemento importante que diferencia al arrendamiento del fletamento: el derecho a contratar al capitán y la tripulación, lo cual está inmerso en la cesión de la gestión náutica del buque.

En materia internacional se encuentra el Convenio de Naciones Unidas sobre Inscripción de Buques de Ginebra (UNCTAD), del 7 de febrero de 1986 y la Convención sobre Arrendamiento Financiero del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), suscrita en Ottawa el 28 de mayo de 1988, las cuales hasta la fecha no han sido ratificadas por Colombia.

2.5 CLAUSULAS BIMCO

La organización *The Baltic and International Maritime Conference (BIMCO⁵⁷)* jugó, por medio de su Comité de Documentación, un papel fundamental cuando en el año de 1974 aprobó en Cannes, dos formularios diferentes, uno llamado BARECON A, dirigido para el arrendamiento de buques en operación y otro llamado BARECON B, para buques en construcción, financiados mediante un crédito garantizado con una hipoteca naval.

En ambos formularios, se podía pactar la cláusula de opción de compra, siendo este el origen del contrato de arrendamiento financiero de buques.

⁵⁷ “BIMCO is the world’s leading private association of shipping companies, with nearly 2,700 members in 122 countries. The owner-members of BIMCO control a fleet of 470 million DWT thereby representing 69% of the world’s merchant fleet. Among its many activities, the organization provides strictly professional, non-political information and counselling services for the maritime community including owners, brokers, agents and club members. BIMCO is an official observer at the International Maritime Organization.” [on line] Disponible en www.bimco.org

Dos décadas después, cuando se presenta la evolución del mercado naviero mundial⁵⁸, conducen a que BIMCO replanteará los formularios existentes para la época, conforme a los aportes recibidos por el Simposio organizado en París en 1974, por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) sobre el registro de los contratos de arrendamiento de buques y por el Seminario del *Comité Maritime International* en Knokke-Zoute, en 1989 sobre dicho contrato⁵⁹, con lo cual se da la creación en el año de 1989 del nuevo formulario creado por BIMCO, denominado Standard Bareboat Charter más conocido como BARECON 89.

En 1999 BIMCO decide revisar la proforma BARECON 89 con el fin de que esta continuara vigente para el mundo del comercio marítimo, dando como resultado la proforma BARECOM 2001, beneficiando a quienes la utilicen por su absoluta claridad en cada una de sus disposiciones, siendo adoptada por el Comité de Documentación de BIMCO en la reunión llevada a cabo en la ciudad de Copenhagen en noviembre de 2001.

El formulario se divide en cinco secciones: la primera, se compone de unas casillas que deben ser diligenciadas por el arrendador y el arrendatario y en donde se encuentra el contenido del contrato; la segunda contiene cláusulas básicas del contrato que explican y complementan lo estipulado en la primera sección.

La tercera, cuarta y quinta sección, son opcionales dependiendo de la clase de arrendamiento que se esté celebrando y las necesidades de las partes, especialmente del arrendador

La tercera sección se refiere a los buques nuevos, la cuarta corresponde al arrendamiento financiero del buque con opción de compra, y la quinta se aplica en el evento en que el buque que se encuentra registrado conforme al domicilio del

⁵⁸ GONZALEZ LEBRERO, Rodolfo A. Manual de derecho de la navegación. Buenos Aires: Depalma. Cuarta Edición Ampliada y actualizada. 2000. “(...) particularmente en el área de los cambios de registros y del abanderamiento exterior (flagging out), lo que dio entrada a instituciones financieras en el campo del arrendamiento de buques (...)” Pág. 323.

⁵⁹ Ibid. Pág. 324.

arrendador, es registrado por segunda vez en el lugar que estipule el arrendatario, entendiéndose que una vez se termine el contrato este registro será cancelado.

2.5.1 Contenido de la Primera y Segunda sección de la proforma BARECON 2001

- 1) Nombre del Arrendatario.
- 2) Lugar y fecha de celebración del contrato.
- 3) Nombre del Arrendador y/o propietario del buque.
- 4) Nombre del Buque, especificando su clase, lugar y fecha de construcción, clasificación dada por la sociedad, enunciación de los certificados expedidos por la autoridad marítima.⁶⁰
- 5) Puerto donde el buque es cedido al arrendatario. Aquí se parte del supuesto que es obligación del arrendatario solicitar la entrega de buque en un puerto seguro, y a su vez, es obligación del arrendador entregar el buque en estado de navegabilidad, en este lugar se hará entrega de todos los certificados que tenga el buque y que le sean exigidos por la autoridad marítima, los cuales deben tener una vigencia de por lo menos el tiempo que se pacte como duración del contrato.⁶¹

En el momento que el arrendatario inicia la tenencia del buque, se transfieren todos los derechos y obligaciones del arrendador, entendiéndose que este

⁶⁰ Tales como: Certificado Internacional de Protección del buque (PBIP), Certificado Internacional de Prevención por la contaminación de hidrocarburos (IOPP)

⁶¹ BARECON 89 Standard Bareboat Charter revised (*Printed in BIMCO Bulletin No. 2, 2002*) "This provision has been inserted to avoid a situation where the vessel is delivered in accordance with the Charter, but where certificates have insufficient time before expiry to allow the charterers to obtain renewals." [on line] Disponible en www.bimco.org

último sólo quedará obligado de garantizar el uso pacífico del buque al arrendatario y de realizar las reparaciones necesarias a las cuales este se encuentra obligado. Los defectos que tenga el buque y que requieran ser reparados, deben ser avisados al arrendador dentro de los primeros doce (12) meses de vigencia del contrato (en la proforma BARECON 89 eran 18 meses), salvo que las partes hayan pactado un término diferente.⁶²

6) Día en que el buque será entregado al arrendatario: Si las partes no pactan un día específico, es obligación del arrendador que en un término no mayor a treinta (30) días y no menor a catorce (14) días, le avise al arrendatario el momento en que el buque estará listo. Así, se le exige al arrendador la mayor diligencia de entregar el buque por a más tardar el día que se estipule como “*cancelling date*”.

7) Cancelación del contrato. Las partes tienen la posibilidad de pactar un día determinado (posterior al día en que el buque debió ser entregado al arrendatario), en el cual el contrato podrá ser cancelado sin incurrir en indemnización de perjuicios, de esta forma el arrendatario tiene el derecho de cancelar el arrendamiento del buque dentro de las 36 horas siguientes a la fecha pactada de cancelación del contrato, entendiendo que pasado este término perderá el derecho y el contrato deberá ser perfeccionado y tendrá todos los efectos estipulados por las partes.

⁶² Íbid. “ The Sub-committee has recognised that the charterers are exposed to a small but potential risk in the event the vessel sustains damage not affecting seaworthiness (but nevertheless affecting class) immediately prior to delivery. In such an event, under the present wording the charterers would be unable to reject the vessel and could be left to effect and pay for potentially expensive repairs to the vessel in order to maintain class requirements during the charter period. Strictly speaking, the charterers should not be liable for repairs to the vessel being delivered in a condition other than that agreed, although such damage could not be considered a latent defect. In such circumstances the charterers should seek to negotiate an amenable settlement with the owners in respect of damage that has occurred between inspection and delivery.”

En el evento que el arrendador no pueda tener listo el buque para el día en que fue estipulado por las partes, debe notificarle de la situación al arrendatario, indicándole el día en que estará en estado de navegabilidad el buque; así el arrendatario decidirá si cancela o da por terminado el contrato o si acepta las nuevas condiciones.

La respuesta del arrendatario debe ser entregada al arrendador dentro de las 168 horas después de la notificación del nuevo evento⁶³, o dentro de las 36 horas después del día pactado para la terminación del contrato, entendiendo que debe dar respuesta en el término más próximo que se encuentre.

Ante el silencio del arrendatario, se entenderá que el día de terminación del contrato, queda modificado para el séptimo día después de la notificación en que el arrendador informara sobre la imposibilidad de entregar el buque antes.

8) Puerto donde el arrendatario debe restituir el buque al arrendador; siendo obligación del primero, llevarlo a un puerto seguro que normalmente es el indicado por el arrendador.

El arrendatario debe notificarle al arrendador el día y puerto en que será restituido el buque, la notificación se realiza dentro de un término no superior a 30 días y no inferior a 14 días.

El arrendatario garantiza que no dará inicio a ningún viaje que pueda extenderse un tiempo mayor sobre el que está estipulado como fecha de restitución del buque. No obstante lo anterior, si el arrendatario sobrepasa el término de vigencia del contrato por no restituir en el puerto pactado el

⁶³ Íbid “(...) the charterers’ reply time to the owners’ request regarding cancelling has been redefined as 168 “running” hours (as it was recognised that a long public holiday could substantially extend the time period).(...)”

buque, deberá continuar pagando el alquiler pactado por las partes más un incremento del 10% por cada día de retraso⁶⁴.

9) Vigencia del contrato.

10) Precio del arrendamiento, forma de pago, lugar de pago. La forma de pago es pactada por las partes, aunque normalmente se hace sobre los 30 días vencidos.⁶⁵

En el evento que al finalizar el contrato el último pago correspondiente sea menor a los 30 días, se pagará proporcionalmente al tiempo en que fue usado el buque.

Si el contrato se finaliza por pérdida del buque, el pago cesará contados diez días del último reporte que se tuvo del mismo.

En este punto también se regula la mora en el pago por parte del arrendatario, en la cláusula 11 literales f y g se señala:

“(…)

(f) Any delay in payment of hire shall entitle the Owners to interest at the rate per annum as agreed in Box 24. If Box 24 has not been filled in, the three months interbank offered rate in London (LIBOR or its successor) for the currency stated in Box 25, as quoted by the British Bankers' Association (BBA) on the date when the hire fell due, increased by 2 per cent., shall apply

⁶⁴ BIMCO Standard Bareboat Charter. Code Name Barecon 2001. Part II. Clause 15. Pág 6

⁶⁵ BARECON 89, Op., Cit. “It should be noted that the Hire Clause now begins with an express statement of the charterers’ fundamental obligation to pay hire to the owners punctually in accordance with the terms of the Charter. This provision has been inserted in an attempt to make it clear that any default by the charterers in the payment of hire beyond the grace period would entitle the owners to claim damages for costs and losses incurred as a consequence of delays in the payment of hire, and, if the owners were to withdraw from the Charter, for the consequence of its determination”

(g) Payment of interest due under sub-clause 11(f) shall be made within seven (7) running days of the date of the Owners' invoice specifying the amount payable or, in the absence of an invoice, at the time of the next hire payment date."

Este punto podría traer confusiones en el evento que las partes, en la cláusula compromisoria que se encuentra unida a la de legislación, pactaran un arbitramento y un ordenamiento jurídico diferente al ingles o al norteamericano, ya que los literales enunciados no podrían ser aplicados, debiendo ser modificados por lo regulado sobre el tema conforme al ordenamiento jurídico escogido por las partes.

11) Garantía Bancaria para el cumplimiento de las obligaciones por parte del arrendatario. Esta cláusula que es opcional ⁶⁶ en el evento en que el arrendatario no tenga capital suficiente para asegurar el cumplimiento de lo estipulado por las partes.

12) Pólizas de responsabilidad a favor de terceros.⁶⁷

13) Seguros y reparaciones.

⁶⁶ BIMCO Standard Bareboat Charter. Code Name Barecon 2001. Part II. " Clause 24 Bank Guarantee (*Optional, only to apply if Box 27 filled in*) The Charterers undertake to furnish, before delivery of the Vessel, a first class bank guarantee or bond in the sum and at the place as indicated in Box 27 as guarantee for full performance of their obligations under this Charter." Pág 7.

⁶⁷ *ibid.* "Clause 10. Maintenance and Operation: "Clause 10. a, iii Financial Security - The Charterers shall maintain financial security or responsibility in respect of third party liabilities as required by any government, including federal, state or municipal or other division or authority thereof, to enable the Vessel, without penalty or charge, lawfully to enter, remain at, or leave any port, place, territorial or contiguous waters of any country, state or municipality in performance of this Charter without any delay. This obligation shall apply whether or not such requirements have been lawfully imposed by such government or division or authority thereof.

The Charterers shall make and maintain all arrangements by bond or otherwise as may be necessary to satisfy such requirements at the Charterers' sole expense and the Charterers shall indemnify the Owners against all consequences whatsoever (including loss of time) for any failure or inability to do so" Pág 4

- a. El arrendatario está en la obligación de asegurar el buque durante la vigencia del contrato en los siguientes puntos: daños en el casco y maquinaria, seguro por riesgo de guerra, seguro por daños en la maquinaria y el seguro de protección e indemnización el cual, lo asegura un club de P&I y cualquier otro seguro que considere apropiado para el buen funcionamiento del buque

Estos seguros buscan proteger los intereses tanto del arrendador como del arrendatario y de los acreedores si llegasen a existir.

Igualmente el arrendatario se hace responsable de todos los reparos y costos en los que deba incurrir para el mantenimiento del buque, así estos no sean cubiertos por las pólizas de seguros, entendiendo que el tiempo que demore la ejecución de los reparos, no constituye una exoneración para que el pago flete sea disminuido.

- b. Si las condiciones de los seguros permiten seguro adicional asumido por las partes, la cobertura será limitada a la cantidad establecida por y para cada parte. El arrendador o el arrendatario según el caso, le suministrarán a la otra parte los detalles de cualquier seguro adicional suscrito, incluyendo copias de las notas de cobertura o pólizas y el consentimiento escrito de los aseguradores en caso de que este consentimiento sea necesario.
- c. Si el arrendador lo requiere, el arrendatario suministrará la información y documentación pertinente para facilitar a los propietarios el cumplimiento de los términos del Instrumento Financiero.
- d. Sujeto a los términos del Instrumento financiero, si lo hay, en caso de que la nave sea declarada pérdida total en términos reales o de construcción conforme a las pólizas para tal fin, todos los pagos por tal

perdida serán pagados a los propietarios quienes distribuirán el dinero entre los propietarios y los arrendatarios de acuerdo con sus respectivos intereses. Los arrendatarios se comprometerán a notificar a los propietarios y a los acreedores, si los hay, de cualquier evento en que la nave pueda llegar a ser pérdida total como se define en esta clausula

- e. Por solicitud de los arrendatarios, los propietarios deben suministrar tales documentos cuando sean requeridos para facilitar a los arrendatarios entregar la nave a los aseguradores y reclamar reconstrucción por pérdida total.
- f. Para el efecto de cubrimiento de seguro contra casco y maquinaria y riesgos de Guerra, el valor de la nave es la suma indicada en la póliza de seguro.

14) Seguros, reparaciones y clasificación. Esta cláusula solo será aplicada si las partes la pactan, con lo cual se elimina automáticamente la clausula de seguros y reparaciones.⁶⁸

- a. Durante la vigencia del contrato, el buque debe ser asegurado por el arrendador por concepto de casco, maquinaria, y riesgo de guerra. De esta forma, el arrendador no podrá subrogarse en el arrendatario respecto al cualquier pérdida o daño que este cubierto por el seguro.

⁶⁸ BARECON 89, Op., Cit. "The main difference between Clauses 13 and 14 is that in Clause 14 the responsibility for arranging and keeping the hull and machinery and war risk insurances has been shifted back to the owners. The responsibility for obtaining and paying for cover against Protection and Indemnity risks, however, remains with the charterers as per sub-clause 14(b). It follows from Clause 14(b) that failure to keep and maintain P & I insurances amounts to breach of contract. Consequently, the right to withdraw the vessel in such circumstances is vested in the owners by virtue of Clause 28 (Termination)."

- b. Durante la vigencia del contrato, el buque debe ser asegurado por el arrendatario a través de un Club de P&I cubriendo el buque contra riesgos sobre protecciones e indemnizaciones.
- c. Si por algún acto de negligencia por parte del arrendatario que llegue a viciar alguno de los seguros, este pagará al arrendador las pérdidas que se presenten y lo indemnizará frente a los reclamos y demandas que pueda llegar a ser parte, las cuales no se hubiesen presentado si la pérdida hubiese estado protegida por la póliza de seguro.
- d. El arrendatario debe, conforme a la aprobación del arrendador o del asegurador de arrendador, efectuar todas las reparaciones que se encuentren aseguradas, se encargará de demostrar todos los gastos y costos en los que incurrió, para que le sean reembolsados por parte de la aseguradora del arrendador.
- e. El arrendatario será responsable de los gastos y costos por concepto de las reparaciones que no estén cubiertas por la póliza o no puedan ser deducidos de esta.
- f. El tiempo que se demore en hacer las reparaciones determinadas en los numerales d y e, será parte del contrato. El arrendador no será responsable de ningún gasto que deba hacerse por concepto de uso u operación del buque durante el tiempo que duren las reparaciones.
- g. Si el buque es clasificado como pérdida total conforme lo estipulado por la póliza de seguro, el dinero recibido por el arrendador por este concepto deberá ser distribuido junto con el arrendatario conforme a los intereses de cada parte.

- h. Se entenderá terminado el contrato el día que la aseguradora ha declarado que el buque se encuentra en pérdida total.

15) Avería General: el arrendador no responderá ni contribuirá a ninguna clase de avería⁶⁹.

A pesar de que esta cláusula tiene relación respecto al buque y a la mercancía, conforme a las Reglas de York y Amberes de 1974, el subcomité consideró importante incluirla en este contrato para no dejar duda de que el arrendador no responde por este concepto.

16) Límites respecto al empleo del buque (*Trading Restrictions*). El buque debe ser explotado conforme a su naturaleza. De igual forma no podrá transportar mercancías que sean prohibidas o ilícitas, ya sea por lo pactado por las partes. por impuesto por la ley y conforme a las pólizas de seguro, entendiendo que no podrá usarse el buque de tal forma que se extralimite a lo asegurado.

17) Contrato de transporte de mercancías y personas: Se le exige al arrendatario que dentro de contrato que celebre para el transporte de mercancías, deben estar pactadas la cláusula de Paramount relativa a la responsabilidad del cargador de la mercancía conforme a la legislación a la cual el contrato haga parte; si esta legislación no la contempla, se aplicara

⁶⁹ Código de Comercio colombiano, Op., Cit.

“ Artículo 1514 Son averías:

1º) Todos los daños que sufra la nave durante la navegación o en puerto, o las mercancías desde el embarque hasta su desembarque, y

2º) Todos los gastos extraordinarios e imprevistos que deban efectuarse en beneficio de la nave o de la carga, conjunta o separadamente.”

las Reglas de Visby. Igualmente se exigen las clausulas de New Jason y la denominada *Both to Blame collision clause*⁷⁰.

Si se está ante un transporte de personas se exigirá que todos los tiquetes de los pasajeros contengan la clausula de Paramount conforme a la legislación por la cual se regirá dicho contrato. En el evento que no esté regulada se dará aplicación al Convenio de Atenas relativo al transporte de personas y equipajes por mar de 1974.

18) Contratación de peritos para la entrega y la devolución del buque: Tanto arrendador como arrendatario deben contratar un perito que se encargue de revisar el buque tanto al momento en que el arrendador hace entrega del mismo arrendatario así como cuando este último lo restituye al primero, entendiendo que cada uno será responsable del pago de los honorarios de cada perito

19) Inspección del Buque: La inspección del buque es un derecho que tiene el arrendador durante el tiempo que dure el contrato, entendiendo que antes de la inspección, esta debe serle notificada al arrendatario.

Este derecho recae tanto sobre el buque como sobre los libros de navegación donde el arrendador podrá revisar accidentes, daños del buque así como el diario del mismo.

⁷⁰ "If the Vessel comes into collision with another ship as a result of the negligence of the other ship and any act, neglect or default of the Master, Mariner, Pilot or the servants of the Carrier in the navigation or in the management of the Vessel, the owners of the cargo carried hereunder will indemnify the Carrier against all loss or liability to the other or non- carrying ship or her Owners in so far as such loss or liability represents loss of, or damage to, or any claim whatsoever of the owners of said cargo, paid or payable by the other or non-carrying ship or her Owners to the owners of said cargo and set-off, recouped or recovered by the other or non-carrying ship or her Owners as part of their claim against the carrying Vessel or Carrier. The foregoing provisions shall also apply where the Owners, operators or those in charge of any ship or ships or objects other than, or in addition to, the colliding ships or objects are at fault in respect of a collision or contact." [on line] Disponible en [http://www.bimco.org/Corporate%20Area/Documents/Clauses/Both to Blame Collision Clause.aspx](http://www.bimco.org/Corporate%20Area/Documents/Clauses/Both_to_Blame_Collision_Clause.aspx)

La inspección puede presentarse en tres eventos: el primero para revisar el estado y correcto mantenimiento del buque, el segundo cuando el buque entre a dique seco, evento en el cual la inspección será pagada por el arrendatario⁷¹, la tercera se constituye por cualquier razón comercial que tenga el arrendador, caso en el cual la inspección correrá por su cuenta.

Estas inspecciones hacen parte del contrato, así el arrendatario no podrá solicitar ninguna reducción del pago mensual sobre el arrendamiento de buque.⁷²

20) Inventario: Conjuntamente arrendador y arrendatario deben realizar un inventario del buque, sus equipos, partes, gasolina, etc., tanto en el momento de la entrega como en la restitución.⁷³

21) Mantenimiento y operación: Durante la vigencia del contrato, el buque debe estar en estado de navegabilidad, siendo obligación del arrendatario mantenerlo en un estado óptimo de operación.

⁷¹ BIMCO Standard Bareboat Charter. Code Name Barecon 2001. Part II. "Clause 10. Maintenance and Operation: (...) g. Periodical Dry- Docking: The Charterers shall dry-dock the Vessel and clean and paint her underwater parts whenever the same may be necessary, but not less than once during the period stated in box 19 or, if box 19 have been left blank, every sixty calendar months after delivery or such other period as may be required by the Classification Society or flag State" p. 5.

⁷² BARECON 89, Op.,. Cit. "To make it clear that under a bareboat charter time is never interrupted, a provision has been added to Clause 8 to state clearly that all time used in respect of inspections, surveys or repairs should form part of the contract period and therefore be for the charterers' account." [on line] Disponible en www.bimco.org

⁷³ Íbid "(Inventories, Oil and Stores) The word "consumable" has been removed from the heading of this Clause as "oil and stores" are considered by their nature to be "consumable". The reference to the vessel's "outfit" has now been expanded to include "spare parts" and it has been made clear that such "spare parts" are not considered "consumable stores" within the meaning of the contract.

With respect to the items to be taken over and paid for at delivery and redelivery, the list has been revised to exclude "water" (which the majority of vessels now produce themselves) and "oils" (as bunkers and lubricating oils are already included on the list).

A new final sentence requires the charterers to replace, at their expense, any spare parts listed in the inventory and used during the charter period, prior to redelivery."

La operación del buque es entendida dentro de la calidad que le es otorgada al arrendatario, es decir como armador del buque, debiendo costear los gastos que surjan de la operación del buque.⁷⁴

22) Para evitar cualquier gravamen, embargo sobre el buque como consecuencia de alguna obligación que tenga el arrendatario, deberá ubicar en un lugar visible la siguiente nota:

*"This Vessel is the property of (name of Owners). It is under charter to (name of Charterers) and by the terms of the Charter Party neither the Charterers nor the Master have any right, power or authority to create, incur or permit to be imposed on the Vessel any lien whatsoever."*⁷⁵

23) Indemnizaciones: En esta cláusula se especifican cuando hay lugar de indemnizaciones tanto a favor del arrendador como del arrendatario.

El arrendatario debe indemnizar al arrendador contra cualquier pérdida, daño, o gasto en que incurra el arrendador durante el tiempo en que el buque se encuentre bajo la operación del arrendatario, así como cualquier obligación o reclamo que surja durante el término de vigencia del contrato.

En caso que el buque sea detenido o arrestado, como consecuencia de alguna obligación que al arrendatario le sea exigible, deberá tomar todas las medidas pertinentes para liberarlo.

⁷⁴ Íbid "In order to minimize the risks of dispute it is clearly stressed that the charterers must redeliver the vessel with class fully maintained to the satisfaction of the classification society. As "fair wear and tear" could substantially affect class with all the expenses involved in this respect, it has been considered appropriate to cover this point by stipulating in Clause 15 "fair wear and tear not affecting class excepted".

⁷⁵ BIMCO Standard Bareboat Charter. Code Name Barecon 2001. Part II. Clause 16. Non – Lien. p. 7

Igualmente debe indemnizar al arrendador por todas las consecuencias, obligaciones o responsabilidades en que incurra el Capitán, su tripulación por la firma de cualquier Conocimiento de embarque, que pueda afectar al arrendador.

Por su parte, el arrendador debe indemnizar al arrendatario cuando el buque sea arrestado o detenido por culpa o por responsabilidad imputada al arrendador, debiendo este último tomar todas las medidas necesarias para que el arrendatario pueda regresar a gozar del uso pacífico del buque. De esta forma el arrendador debe indemnizar a la otra parte a causa de cualquier daño, pérdida y gasto en que haya incurrido el arrendatario.

El término en que el buque no pueda ser explotado por culpa del arrendador deberá ser descontado del precio pactado por el alquiler del bien.

En el caso en que el buque se haya convertido en un naufragio o este obstruyendo la navegación, se analizará a quien se imputará la responsabilidad del hecho, así, la parte responsable deberá pagar las indemnizaciones que surjan del incidente.⁷⁶

24) Derecho de retención: Las partes tienen el derecho pero recaído en diferente elementos. El arrendador tiene el derecho sobre la carga, los subarriendos, fletes y subfletes que le son debidos al arrendatario.

Por su parte, el arrendatario tiene el derecho de retención sobre el buque, por el pago del alquiler efectuado por adelantado y no alcanzado a gozar.

25) Salvamento: Tanto los beneficios como los costos que deban hacerse al buque, son asumidos por el arrendatario.

⁷⁶Ibid. "Clause 20 Wreck removal: In the event of the Vessel becoming a wreck or obstruction to navigation the Charterers shall indemnify the Owners against any sums whatsoever which the Owners shall become liable to pay and shall pay in consequence of the Vessel becoming a wreck or obstruction to navigation." p. 7.

26) Hipoteca: El arrendador garantiza que el buque no se encuentra afectado ni gravado por ninguna clase de hipoteca así como tampoco será gravado sin la previa aquiescencia del arrendatario. En el caso que el buque arrendado tenga una hipoteca, el arrendador garantiza que esta no será enmendada salvo el consentimiento del arrendatario.

Si el buque alquilado es financiado por una hipoteca de acuerdo con el Instrumento Financiero⁷⁷. El arrendatario se compromete a cumplir y presentar dicha información y documentos para permitir a los propietarios el cumplimiento de todas las instrucciones o direcciones en lo que se refiere al empleo, seguros, operación, reparaciones y mantenimiento del buque como está establecido en el Instrumento Financiero o como pueda ser indicado por el acreedor.

27) Solicitud/Adquisición En el caso que cualquier autoridad gubernamental o autoridad competente haga una solicitud de renta, independiente de la fecha cuando la solicitud ocurra y sin tener en cuenta la duración, pudiendo ser por un periodo definido o indefinido, e independiente de si permanece o no vigente durante el periodo del contrato, este contrato podrá ser terminado pero el arrendatario continuaran pagando la renta estipulada conforme lo pactado por las partes hasta el día pactado para su terminación. Sin embargo en el evento de solicitud de renta cualquier pago o compensación recibida o por ser recibida por el arrendador será pagada al arrendatario durante el resto del periodo del contrato o el resto del periodo de la solicitud de renta, cualquiera que sea más corto.

En el caso en que el buque sea aprehendido por cualquier autoridad gubernamental u otra autoridad competente (de aquí en adelante referido

⁷⁷ BARECON 89, Op., Cit “(...) Financial Instrument”, which refers to the “mortgage, deed of covenant or other such financial security instrument”.

como “Apoderamiento Obligatorio”), independiente de la fecha en la cual este apoderamiento ocurra, este contrato se dará por terminado la fecha de dicho evento. Así, el costo de alquiler se pagara hasta la fecha y hora del apoderamiento obligatorio.

28) Riesgo de Guerra: En esta cláusula se conciben todas las posibilidades de Guerra (Guerra civil, hostilidades, rebelión, revolución, entre otros) que puedan ser perpetradas ya sea por terroristas, grupos políticos, gobiernos entre otros, y que puedan poner en riesgo tanto el buque como la tripulación y a las personas ajenas a esta que se encuentre a bordo.

El buque, salvo autorización del arrendador, no podrá entrar al puerto donde se presume se encuentre en guerra o amenaza de guerra. Si lo hiciere, el arrendador tiene el derecho de solicitar su salida

29) Terminación del contrato: BIMCO ha establecido las siguientes causales:

a. Por culpa del arrendatario: El arrendador podrá dar por terminado el contrato mediante una notificación escrita, si se presentan una de las siguientes causales:

i. Incumplimiento en el pago del arrendamiento del buque. Muchas veces no se realiza el pago por negligencia, omisiones u olvido ya sea por parte del arrendatario o de su banco; por esta razón al arrendador se le exige enviar una notificación a sus arrendatarios informando sobre el período de gracia pactado por las partes.

Una vez pasado este periodo sin que el arrendatario haya efectuado el correspondiente pago por concepto del arrendamiento del buque, el arrendador tiene el derecho a terminar el contrato sin ningún aviso adicional.

- ii. Cualquier incumplimiento respecto a lo pactado en la constitución de las pólizas de seguros y en los límites determinados para el empleo del buque.
 - iii. Cualquier incumplimiento conforme a la cláusula de mantenimiento y reparaciones, configurándose la causal en el momento en que luego de que el arrendador de aviso al arrendatario sobre la necesidad de cumplir con estas cláusulas, este último no las cumple.
- b. Culpa del arrendador: el arrendador se le imputa la terminación del contrato en el evento de que no haya cumplido sus obligación a tal punto que el arrendatario no pueda hacer uso del buque por un periodo de 14 días calendario.
 - c. Pérdida del buque: El contrato se da por terminado en el evento que el buque sea declarado en pérdida total o cuando las partes.
 - d. Cuando una de las partes entra en proceso de liquidación.

La terminación del contrato no excluye para la parte que lo solicita, la indemnización de perjuicios que pueda surgir.

30) Recuperación del buque: Una vez se ha dado por terminado el contrato, el arrendador tendrá el derecho de recuperar el buque de manera inmediata, ya sea en el siguiente puerto al que el arrendatario se dirige, o, en el puerto que las partes acuerden sin que pueda presentarse alguna clase de obstáculo ya sea por parte del arrendatario o de alguna autoridad.

Mientras se ejerce la restitución del buque, el arrendatario tendrá la calidad de depositario del mismo frente al arrendador.

Los costos y gastos que puedan surgir tales como desembarcación, repatriación de la tripulación, será de exclusiva responsabilidad del arrendatario.

31) La Cláusula Compromisoria denominada en el derecho anglosajón como *Arbitration clause*, puede ser considerada como una de las cláusulas más importantes que materializa la internacionalización del comercio marítimo.

En ella, se flexibiliza la autonomía de la voluntad de las partes, por cuanto se presentan diferentes opciones para configurar en su debida forma la aplicación de la cláusula.

Así, encontramos que conforme a lo estipulado por las partes, el contrato podrá ser regulado e interpretado por uno de los siguientes ordenamientos jurídicos: el sistema ingles, el sistema norteamericano, o, el ordenamiento jurídico que las partes acuerden.

Si el contrato se regula y es interpretado bajo la ley inglesa, cualquier disputa se presente será regulada conforme lo estipulado por el *Arbitration Act 1996* y cualquier otra ley que lo modifique.

En esta clausula, BIMCO, determina como tribunal marítimo a *The London Maritime Arbitrators Association*, quien actúa bajo las regulaciones implementadas por dicha institución en lo que ellos denominan LMAA Terms 2006⁷⁸.

⁷⁸ “More maritime disputes are referred to arbitration in London than to any other place where arbitration services are offered. In 2006 LMAA Full Members received 2500 new arbitration appointments and more than 360 awards were published by them. Arbitrations in London are conducted under the Arbitration Act 1996. The LMAA Terms are the terms on which LMAA members usually accept arbitration appointments in maritime cases. Where the members of the tribunal accept the appointment on such terms they therefore apply to and govern the procedure adopted in the arbitration reference. The Terms have been altered from time to time and the current version is the LMAA Terms (2006). The LMAA has also instituted its Small Claims Procedure (SCP), Fast and Low Cost Arbitration (FALCA) and

El proceso para que el conflicto sea llevado por este tribunal inicia desde la escogencia de los árbitros. Se parte como numero de referencia que deben ser 3 pero esto será determinado por las partes que se encuentran en conflicto.

La parte que desee dar inicio al arbitraje escoge su árbitro y enviara una notificación a la otra parte para que en el término de 14 días calendario le notifique cual es el árbitro escogido por esta, señalando que en el evento que esta parte no le notifique, dentro del término estipulado, sobre la escogencia de alguno, se entenderá que el suyo actuara como único árbitro del proceso. De esta forma el fallo que presente el árbitro vincula a ambas partes como si estas hubiesen acordado que el fuera el único facultado para dirimir el conflicto.

Si el monto obtenido de la demanda y la contrademanda no excede la suma de Cincuenta mil dólares (US\$50.000) el proceso será llevado conforme a lo establecido por el *LMAA Small Claims Procedure*.

Con relación al ordenamiento jurídico norteamericano, el contrato será regulado e interpretado conforme al Código de los Estados Unidos, titulo 9 sobre Arbitramento así como de la ley marítima de Estados Unidos.

El arbitramento con relación al contrato celebrado entre las partes, debe ser sometido a tres personas en New York, estas serán escogidas de la siguiente forma: cada una de las partes escoge a uno, y los dos determinan escogidos determinan el tercero.

Estas tres personas deben proceder conforme a lo regulado por *The Society of Maritime Arbitrators, Inc.*

Si el monto obtenido de la demanda y la contrademanda no excede la suma de Cincuenta mil dólares (US\$50.000), el proceso será llevado conforme a lo establecido por *the Shortened Arbitration Procedure of the Society of Maritime Arbitrators, Inc.*

Si las partes no quieren que el contrato sea regulado e interpretado conforme a uno de los anteriores ordenamientos jurídicos, tienen la libertad de escoger la legislación que aplicaran y la cláusula compromisoria conforma al lugar donde decidan dar inicio al arbitraje.

A pesar de que las partes hayan pactado una cláusula compromisoria, en cualquier momento que se llegara a presentar un conflicto, este podrá ser dirimido mediante conciliación, denominado en ingles como *mediation*⁷⁹.

Si el conflicto de las partes versa sobre el cual de las formas de arbitramento fue escogidas dentro de la celebración del contrato, ya sea el ingles, el norteamericano o el determinado por las mismas, se aplicara lo siguiente:

- a. Cualquiera de las partes, en el momento que se presente un conflicto entre las mismas, podrá enviar a la otra una solicitud de conciliación para dirimirlo.
- b. La parte que recibe la solicitud, tendrá 14 días calendario para aceptar la conciliación. Una vez se tiene la aceptación, el conciliador debe ser citado dentro de los siguientes 14 días, quien será parte del tribunal referido en la solicitud o que será designado por dicho tribunal.

⁷⁹ BARECON 89, Op., Cit. " The mediation provision is designed to function in conjunction with the chosen arbitration option, whether that be English law, London arbitration; US law, New York arbitration; or law and arbitration as agreed. Mediation is a technique that is recognised as offering savings in costs and time over traditional methods of dispute resolution for certain types of disputes. BIMCO's mediation is only triggered once arbitration proceedings have commenced and then runs in parallel with those proceedings, if the parties so choose. This has been done to ensure that one party cannot invoke mediation as a delaying tactic."

- c. Si la otra parte no acepta la conciliación, este hecho será tenido en cuenta por el tribunal, en el momento que determine quién cubrirá los costos procesales.
- d. La conciliación no afectará el derecho de ninguna de las partes en la búsqueda y la toma de medidas que considere necesarias para la protección de sus intereses.
- e. Ante el silencio de las partes, los costos de la conciliación serán por partes iguales.

2.5.2 Contenido de la Tercera sección de la proforma BARECON 2001. Esta tercera sección se denomina “Provisions to apply for new building vessels only”

- 1) Especificaciones y contrato de construcción:
 - a. El buque es construido conforme lo determinado por el contrato de construcción celebrado entre el constructor y el propietario - arrendador, así como cumpliendo las especificaciones solicitadas por el arrendatario.
 - b. No podrá hacerse ningún cambio al contrato de construcción sin el consentimiento del arrendatario.
 - c. El arrendatario tiene derecho de enviar un representante que inspeccionar que la construcción del buque se esté ejecutando de acuerdo a las especificaciones dadas por este.

d. El arrendatario está obligado a recibir del arrendador el buque, en la fecha que este sea entregado por el constructor, comprometiéndose a no iniciar ningún reclamo contra el arrendador por posibles defectos. Cualquier reparación, reemplazo de alguna parte del buque que se presente dentro de los 12 meses siguientes a la entrega del buque por parte del constructor, obligará a este último a garantizar el arreglo o a pagar los gastos en que el propietario hubiese incurrido en la reparación.

El arrendatario estará limitado a aceptar por parte de arrendador la suma correspondiente a la garantía de construcción pactada con el constructor dentro del contrato de construcción, sin posibilidad de reclamar por las reparaciones, reemplazos que haya debido realizar. Cualquier saldo en daños por defectos o deficiencias será sumado a la cuenta de la parte que sea señala en la casilla 41 de la proforma, si esta no es llenada se entenderá que las parte correrán con el saldo en partes iguales.

2) Lugar y fecha de la entrega del buque.

- a. El buque será entregado por el constructor una vez se haya cumplido con las especificaciones del contrato de construcción y de lo solicitado por el arrendatario.
- b. El arrendatario no está facultado para rechazar la entrega del buque así como tampoco estar facultado para reclamarle al propietario – arrendador cualquier clase de condiciones, tales como el estado de navegabilidad del buque o respecto a la demora en la entrega del mismo.

- c. Si por alguna razón, diferente a la culpa del propietario – arrendador, el constructor, en virtud del contrato de construcción, no hace entrega del buque, el primero deberá dar aviso escrito al arrendatario, constituyéndose en una causal para que el contrato de arrendamiento cese.
- d. Si por cualquier razón el propietario decide rechazar el buque, deberá consultar la decisión previamente con el arrendatario:
 - i. Si el arrendatario acepta el rechazo del buque, informándolo por escrito dentro de los 7 días siguientes al recibo del aviso, el cesara todo efecto del contrato de arrendamiento.
 - ii. Si el arrendatario rechaza la decisión del propietario de recibir el buque, deberá informarle de su decisión dentro de los 7 días siguientes al recibo del aviso hecho por el arrendador. De esta manera el arrendatario requerirá al propietario para que negocie con el constructor la entrega del buque.
 - iii. Bajo ninguna circunstancia podrá el arrendatario negarse a recibir el buque que le fue entregado al propietario-arrendador, excepto en el caso en que este último rechace el recibo del buque por parte del constructor.
 - iv. Si este contrato termina por las causales enunciadas en los literales b o c, el arrendador no será responsable frente al arrendatario, con relación a cualquier reclamo que este haga conforme lo estipulado por este contrato.

3) Cualquier daño que se presente como consecuencia del retardo en la entrega del buque, correrá por cuenta de la parte que se señale en la casilla 41, en caso de no haberse llenado esta casilla, los costos en los que se incurra, correrán por partes iguales.

4) Garantía. El arrendador, autoriza al arrendatario a solicitar del constructor los arreglos que considere necesarios conforme la cláusula de garantía pactada en el contrato de construcción.

5) Nombre del buque. El nombre será dado previo acuerdo entre el arrendador y el arrendatario, y los colores y bandera serán los determinados por este último.

6) Perito en el momento de la restitución del buque. Este debe ser contratado y costado por el arrendatario. Su tarea consiste en determinar las condiciones con las que cuenta el buque en el momento de su restitución.

2.5.3 Contenido de la Cuarta sección de la proforma BARECON 2001.

Corresponde al arrendamiento financiero del buque con opción de compra, se aplica cuando el arrendatario haya cumplido todas las obligaciones enunciadas en las secciones anteriores y haya efectuado el último pago por concepto del arrendamiento.

En esta, el arrendador cambia su nominación a la de vendedor y el arrendatario a la de comprador.

El vendedor garantiza que el buque es entregado sin ninguna clase de obligación, hipoteca o deuda pendiente.

Cualquier reclamo que se llegue a presentar contra el buque, debido a algún hecho ocurrido antes de la entrega del mismo, obliga al vendedor a indemnizar al comprador contra cualquier consecuencia que surja del reclamo, limitándose esta hasta el monto en que el vendedor sea responsable.

Todos los gastos en que deba recurrirse para el registro del buque por parte del comprador son asumidos por su cuenta, así como todos los gastos para la cancelación del registro del buque por parte del vendedor es asumido por cuenta de este.

El buque así como todo lo que se encuentre en él será responsabilidad del vendedor hasta el día que se entregado al comprador. Desde este momento el primero no es responsable de fallas, deficiencias de cualquier clase que pueda presentarse.

El comprador debe pagar la repatriación del Capitán y su tripulación al puerto donde fue cedido el buque para dar inicio al contrato de arrendamiento o pagar el costo equivalente al viaje que deban efectuar si el lugar es uno diferente.

2.5.4 Contenido de la Quinta sección de la proforma BARECON 2001. Esta sección explica el procedimiento a seguir cuando el arrendatario registra el buque arrendador mientras dura el contrato.

De esta manera se definen dos términos:

“The Bareboat Charter Registry” entendiéndose como el registro que se hará en el Estado donde el buque será registrado por el término que duré el contrato.

“The Underlying Registry” correspondiendo al registro que con anterioridad ha hecho el arrendador, entendiendo que en él aparece como propietario del buque. Registro que volverá a activarse cuando el buque sea restituido al arrendador.

Por otra parte, el buque debe ser garantizado por una hipoteca por concepto de los seguros adicionales que las partes pacten.

De esta forma, queda analizado el contrato de arrendamiento de buque, el cual preferiblemente debería ser celebrado conforme la proforma BARECON 2001 ya

que en ella están incluidas todas las cláusulas necesarias para celebración del contrato, favoreciendo a legislaciones que, como la nuestra, brindándole en una proforma todas las cláusulas que deben ser pactadas y que no son reguladas en toda su extensión en nuestro Código de Comercio.

3 LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO MARÍTIMO

3.1 RESEÑA HISTORICA DE LA IMPLEMENTACION DE LA INTERNACIONALIZACION DEL DERECHO MARÍTIMO

3.1.1 Orígenes del camino hacia la internacionalización del derecho marítimo: primeras regulaciones respecto a la seguridad en la navegación y la protección de la vida humana en el mar. Cada rama del derecho siempre ha buscado sus orígenes, intentando encontrar la su autonomía frente a las otras ramas; y a pesar de los esfuerzos, es claro que de una u otra forma termina conectándose con otra rama que la complementa.

3.1.1.1 Imperio Romano. En el caso del Derecho Marítimo, es posible sostener que sus fundamentos son legítimos, nacidos de las necesidades humanas dentro del devenir histórico. Sus fundamentos se circunscriben a la actividad humana de la navegación la cual complementa a la historia de la civilización y el comercio⁸⁰.

Para contextualizar la razón de ser de la necesidad de internacionalizar el derecho marítimo, es necesario dar una mirada a sus orígenes los cuales datan del Imperio Romano, donde la historia muestra que allí se empieza a gestar la regulación del Derecho Marítimo.

Desde esta época, se inicia el camino hacia la búsqueda de la seguridad en los buques y en la navegación, siendo estos dos temas los cuales han sido ampliamente regulados, entendiendo que para la época una de sus focos de desarrollo ocurría entre los puertos del imperio que permitían su sostenimiento a

⁸⁰ SARMIENTO RODRIGUEZ, Op., cit. “(...) cuando las normas de comercio terrestre se trataban de fijar tomaron los usos de las normas del mar que ya constituían un conjunto independiente observado por los navegantes, así vemos que existen referencias en los Códigos de Hammurabi y Manu señalándoles que contienen normas reguladoras del comercio marítimo, debiendo sumar que Demostenes y Esquines en la Antigua Grecia, también hacían observaciones a las normas propias de las travesías marítimas (...)”

través del comercio entre los mismos. Es así como los romanos, en razón al comercio que se regía y desarrollaba a través de los mares, recopilando el conjunto de usos sobre el comercio marítimo reinante en los pueblos más antiguos dieron nacimiento a las denominadas Leyes Rodias, cuyo nombre alude al lugar donde surgieron, la isla griega de Rodas.

Las leyes Rodias reflejan la presencia de un derecho consuetudinario que queda plasmado en el papel. Un derecho de carácter eminentemente comercial, que se desarrolla dentro del ámbito marítimo que para la época se vislumbraba como parte del derecho internacional tal como lo hizo saber el Derecho Romano que narra que el emperador Antónimo declaraba que si, a Roma le pertenecía el Imperio del mundo, a la ley rodia le correspondería el derecho sobre la esfera marítima.⁸¹

Su importancia se materializa cuando es incorporada en el Libro XIV del Digesto de Justiniano y en el Código de Teodosiano y que en el Derecho Bizantino, encontramos las basílicas publicadas por el emperador León El Sabio, en donde se reunieron todas las normas conocidas en esa época en un cuerpo especial sistematizando el Derecho de la Navegación para la época.⁸²

De estas leyes es importante mencionar que una de sus regulaciones se encuentra vigente dentro de derecho marítimo moderno, la cual alude a la clausula de avería general en la cual tanto el propietario del buque o arrendador así como el fletador o el arrendatario correrán con los gastos y expensas de la pérdida o daño de la mercancía que se encuentre cargada en el buque averiado.

Desde mediados del siglo XIII, las autoridades de los grandes puertos mediterráneos introdujeron estrictas regulaciones que buscaban frenar las

⁸¹ Nacimiento, evolución y codificación del derecho mercantil [on line] Disponible en <http://galeon.hispavista.com/mercantil/libro1.html>

⁸² SARMIENTO RODRIGUEZ, Op., cit.

actuaciones negligentes de propietarios de buques y capitanes quienes en aras a obtener mayores fletes sobrecargaban sus buques representando un riesgo tanto para la tripulación como para la carga transportada.

Buscando la protección en la navegación de los buques, también es importante la regulaciones que datan del año 1255, cuando en Venecia se prohíbe exceder el límite del calado de los buques, el cual se encontraba marcado por una cruz. Estas regulaciones fueron igualmente reproducidas en Cagliari, Pisa y Barcelona en un decreto del año 1258 y en el estatuto marítimo de Marsella en 1284.

Es así, que con el paso del tiempo son más los ordenamientos jurídicos que, consientes de la necesidad de regular la navegación y seguridad marítima, crean leyes para cumplir este fin.

3.1.1.2 Edad Media. En la Edad Media se conoce que para el Adriático y para el Mediterráneo fueron recopiladas numerosas disposiciones que las conocemos con el nombre de “Consulado del Mar” y ellas contenían normas relativas a la construcción de buques, obligaciones del armador, derechos y obligaciones de los tripulantes, fletamentos y reglando también el contrato de pasaje por primera vez.⁸³

En España, una Ordenanza de 1563 exige a los propietarios de los buques mantener sus buques en estado de navegabilidad así como utilizar todos los instrumentos necesarios para asegurar la carga durante el trayecto.

Una ley de Venecia del año 1569, le prohíbe a los dueños de los buques, almacenar cierto tipo de mercancías en lugares específicos del mismo.

En materia de peritajes, los países nórdicos fueron los primeros en implementar regulaciones para el peritaje de buques, buscando reducir los accidentes por el

⁸³ Íbid

mal estado de los buques y por la falta de la instrumentación adecuada para navegar.⁸⁴

Siguiendo un recorrido uniforme dentro del tiempo, para el caso latinoamericano se debe hacer mención a las Leyes de Indias de 1680, siéndonos aplicadas por la Casa de Sevilla, prohibiendo la navegación a cabotaje, ni allende los mares por parte de los nativos colonizados.

3.1.1.3 Siglo XIX. Durante la primera mitad del siglo XIX, momento en que Colombia aun era colonia española, rigieron las Ordenanzas de Bilbao de 1737 consideradas como el principal derecho sobre el comercio terrestre y marítimo desde el siglo XVIII.

Ya al obtener nuestra independencia tomamos como ejemplo la legislación francesa para la codificación en materia comercial, siendo este sistema una de las razones para que hasta el día de hoy nuestro ordenamiento este rezagado en materia marítima en tanto la codificación de esta regulación a frenado el desarrollo presente en los usos y costumbres presentes en el ámbito internacional.

Continuando con el desarrollo del derecho marítimo, ubicándonos dentro del contexto de la Revolución Francesa, se expide el Acto del 9 de agosto de 1791 donde se le exigía al Capitán del buque que fuera a realizar un largo viaje, solicitar la inspección y peritaje del buque tanto antes del cargue como después del mismo.

Cabe mencionar que bajo el reinado de Luis XIV se inicia la sistematización de la legislación marítima a través de la segunda Ordenanza de Colbert de agosto de 1681, que junto con la primera Ordenanza de Colbert de 1673 referente al

⁸⁴ The History of Safety at Sea. (Reproduced by kind permission of Mr Philippe Boisson) "The Recesses of the Diet of the Hanseatic League of 1412, 1417 and 1447 contain references to this requirement. The Low Countries Ordinance of 1549 instituted a double survey, before and after loading of the cargo. The Genoese law of 1607 entrusted surveys to the "magnificent curators of the sea". [on line] Disponible en www.imo.org y http://www.oceansatlas.com/unatlas/issues/safety/transport_telecomm/history_safety/history_safety.htm#_ftn12#_ftn12

comercio terrestre, se redacta el Código de Comercio que entra a regir en 1801 y que sirve de base para las legislaciones en materia comercial de otros ordenamientos jurídicos, rompiendo la unificación que en materia internacional se tenía sobre los usos y costumbres en el ámbito marítimo toda vez que la ley primaba sobre las primeras fuentes vinculantes.

Desde la perspectiva Británica, cuyo ordenamiento jurídico se encuadra dentro del sistema del *common law*, en el cual no se tienen elaborados principios generales con ayuda de conceptos teóricos como se establece dentro del *civil law*, sino que se funda en los criterios que resultan de los casos resueltos que son considerados como hechos normativos; fue difícil aceptar la necesidad de regular los aspectos que buscaban la seguridad de los buques y la navegación.

Ante la presión de la opinión pública, que por un lado consideraba importante la codificación hecha por Francia, y por otro lado los continuos accidentes de buques que demostraban la debilidad en la seguridad marítima, condujo a los británicos a aceptar la intervención dentro de lo que ellos consideraban negocios eminentemente privados en los cuales el Estado nunca había tomado parte, dando lugar al surgimiento de las primeras regulaciones en materia marítima.

Así, en 1836 un selecto comité del parlamento empieza a estudiar las causas que habían elevado los accidentes marítimos y los naufragios, dando lugar a las regulaciones en el tema.⁸⁵

De las regulaciones cabe mencionar *The Merchant Shipping Act of 1850* y *The Merchant Shipping Act of 1876* más conocido como *The Plimsoll Act*, dando lugar

⁸⁵ *Ibid* "The investigation drew attention to ten determining factors, including defective construction, inadequate equipment, imperfect state of repair, improper and excessive loading, incompetence of masters. drunkenness among officers and crew, and marine insurance which inclined shipowners to disregard safety. A first series of measures was introduced after the publication of the parliamentary report. In 1839, restrictions were placed on the transport of timber deck cargoes in the North Atlantic. In 1840 appeared the first rules on lights and traffic at sea. From 1846, passenger ships had to be inspected by officially approved surveyors."

a las regulaciones en materia de seguridad de los buques, condiciones de trabajo de las tripulaciones, condiciones de navegabilidad de los buques, buscando como último fin reducir el riesgo de perder más vidas humanas, fin que lamentablemente no pudo ser cumplido cuando en el año de 1882 más de 3000 marineros y 360 pasajeros perecieron en más de 1120 accidentes de buques británicos.⁸⁶

Después de varias recomendaciones hechas por una comisión real en el año de 1884, que buscaba mejoras en la seguridad de los buques incluida su buen estado de navegabilidad, llevando a cambiar gran cantidad de buques que se encontraban obsoletos; se le dio un papel muy importante a las sociedades calificadoras de buques tales como las que hasta la fecha son las más importantes dentro del ámbito marítimo, Lloyd's Register y Bureau Veritas.

Así, para el año de 1906 donde se enmienda el *Merchant Shipping Act of 1894*, se vislumbra una verdadera regulación en el tema de la seguridad y estado de navegabilidad de los buques, la cual era extensiva a los buques extranjeros que llegaran a puertos británicos; siendo este un modelo a seguir por otros Estados, materializando la supremacía británica en el ámbito marítimo, la cual podemos considerar como un paso más en la búsqueda de la internacionalización del derecho marítimo.⁸⁷

3.1.1.4 Tratados y Convenios Internacionales en el ámbito marítimo: Desde el siglo XIX hasta la actualidad. La búsqueda continua de la internacionalización del derecho marítimo, data del año de 1848, en la época en que se dio inicio a la supremacía británica en temas marítimos. En este año surgen las primeras

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Ibid* "Interventionism finally triumphed in all the major maritime nations, which followed the British model: Denmark with the Acts of 13 February 1890, 14 May 1909 and 3 January 1911, Sweden with the ordinance of 1st July 1898, Norway with the Acts of 13 February 1890, 14 May 1909 and 3 January 1911, 1st July 1898, Norway with the Acts of 9 June 1903, 3 October 1908, 24 April 1906, 8 August 1908 and 14 July 1909. On 7 June 1902, Germany promulgated an Act concerning seafarers. The Netherlands adopted a shipping bill on 1st July 1909, United States regulations on safety at sea were set out in the Seamen's Act of March 1915. Spain drew up measures similar to British legislation with its two Decrees of 18 January 1924 concerning safety on board ship and lifesaving appliances."

regulaciones sobre navegación que se presentan dentro de un tratado internacional entre Francia e Inglaterra sobre el tema de las luces en los buques a vapor; luego en 1852 firman un tratado sobre las señalizaciones marítimas y finalmente en 1862 adoptan las primeras regulaciones sobre colisiones⁸⁸, constituyéndose este tratado en el comienzo de la búsqueda de la uniformidad en el derecho marítimo.

Esta sutil uniformidad se vislumbra en el año de 1879 cuando 19 Estados adoptan las reglas sobre los códigos de signos internacionales, prosiguiendo después de esto una convención internacional de las primeras reglas para la prevención de colisiones.

En el año de 1896, se crea en Bélgica la primera Asociación de Derecho Marítimo cuyo fin fue presentar propuestas para codificar el derecho marítimo internacional. De esta Asociación nace en 1897 el Comité Marítimo Internacional, la más antigua organización internacional en el ámbito marítimo, cuyo fin fue buscar la unificación del Derecho Marítimo.

En la tercera conferencia de la organización llevada a cabo en Bruselas en el año de 1910, se adoptó la Convención para la Unificación de ciertas reglas referentes a colisiones entre buques así como la Convención para la unificación de reglas respecto a la asistencia y el salvamento en el mar⁸⁹, mostrando una intensificación en la regulación hacia la uniformidad del derecho marítimo internacional reflejado

⁸⁸ The Origins of the International Maritime Organization [on line] Disponible en www.imo.org

⁸⁹ Íbid “Nineteen conferences concerned with legal aspects of merchant shipping were held between 1897 and 1937. Among the subjects dealt with were limitation of shipowners’ liability, maritime mortgages and liens, immunity of state-owned ships and exemption clauses in bills of lading”

en las convenciones que siguieron a las ya mencionadas y que han significado un refuerzo a la seguridad en el mar.

La siguiente convención surgió en razón del hundimiento del TITANIC el 14 de abril de 1912, creándose en el año de 1914 el Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar *Convention for the Safety of Life at Sea* más conocida como SOLAS, siendo modificada en los años 1929, 1948, 1960⁹⁰ y 1974. Esta última entra en vigencia en el año de 1980 siendo modificada en varias ocasiones, respondiendo a los cambios que ha experimentado el sector marítimo y los avances tecnológicos.

Con relación al Convenio SOLAS de 1929 y 1948, es importante mencionar que el control en sus revisiones y modificaciones, corrió en mayor parte, por cuenta del gobierno británico. Su trabajo, sus prácticas marítimas en ese momento como lo podemos apreciar a través de la historia de la sociedad moderna internacional, ha sido de inspiración para muchas otras legislaciones que han adoptado parte de sus regulaciones.

Es aquí donde podemos entender el peso internacional que tiene la organización *The Baltic and International Maritime Conference (BIMCO)*, cuyo trabajo se ve reflejado en las proformas tanto para los contratos de fletamento como para los de arrendamiento de buques; proformas que en legislaciones como la chilena hacen de una u otra forma parte de su ordenamiento jurídico al insertarlas dentro de las regulaciones que el Código de Comercio trae respecto estos contratos, dándole la libertad a las partes de celebrar sus contratos de explotación del buque a través de estas pólizas.

⁹⁰ OMI: Que es, que hace, como funciona. “El Convenio de 1960 abarcaba una amplia gama de medidas para mejorar la seguridad del transporte marítimo, entre las que cabe incluir el compartimentado y la estabilidad; las instalaciones de máquinas e instalaciones eléctricas; la prevención, detección y extinción de incendios; los dispositivos de salvamento; la radiotelegrafía y la radiotelefonía; la seguridad de la navegación; el transporte de grano; el transporte de mercancías peligrosas; y los buques nucleares.” [on line] Disponible en: www.imo.org

Respecto a las condiciones de los trabajadores del mar, la Organización Internacional del Trabajo, monitoreando la labor de estas personas tanto en tierra como en alta mar, adopta en 1921 la convención que determina la edad mínima para ser admitido como parte de una tripulación.

El periodo de Post Segunda Guerra Mundial determina una reducción en el poder e influencia británica. Estados Unidos como una de las potencias de la época, enfoca su labor en dimensionar y buscar el consenso de los Estados para que se acojan a las regulaciones que en materia internacional se venían presentando frente a los temas concernientes al transporte marítimo, buscando la extinción de las acciones unilaterales llevadas por cada Estados para preservar la seguridad de las operaciones marítimas.⁹¹

La labor emprendida por Estados Unidos surge de lo vivido desde Abril de 1917 cuando entra a ser parte de la Guerra Mundial que se vivía. Es en este momento donde la necesidad de mover sus tropas desde América hasta Europa, mostro los problemas existentes en torno al transporte marítimo, comunicaciones y todo lo que este encerraba. Estos problemas que se presentaron durante las guerras mundiales fueron motivo de estudio y control por parte del Comité de Comunicaciones y Transito de la Liga de las Naciones.⁹²

⁹¹ MACDONALD, Eula. Toward a World Maritime Organization: A Half Century of developments in Ocean Shipping; Washington D.C. Departamento de Estado. 1948 “Among the problems that have demanded international discussions have been: (1) the rendering of assistance to vessels in distress; (2) salvage of ship cargoes; (3) determination of legal responsibility and civil jurisdiction in collisions; (4) settlements of disputes between states of maritime matters; (5) standardization of tonnage measurements, rules of the road, and code signals; (6) deciding upon the right of inland states to possess merchant fleets; (7) treatment of foreign vessels in ports and harbors; and (8) wartime international coordination and allocation of tonnage for troop transport and for shipment of war supplies” [on line] Disponible en www.imo.org

⁹² Íbid “ Among the accomplishment of the Organization for Communications and Transit may be mentioned its adoption at Barcelona of a declaration recognizing the right of states having no seacoast to possess a merchant fleet ; the preparation at Geneva in 1923 of a convention on the international regime of maritime ports, which established the principle of the equality of treatment of vessels in maritime ports; irrespective of flag; and the preparation of draft international regulation and uniform methods covering the tonnage measurements of ships. The Organization also assisted in the settlement of disputes concerning communication and transit matters, a function no parallel in the case of other technical organ of the League.”

La labor de Estados Unidos fue importante en la consecución del establecimiento de IMCO, ya que presentó lo que se conoce como “Washington Draft”, un documento donde se presenta la propuesta de la creación de un comité u organización marítima cuya tarea fuese meramente consultiva que sirviera como enlace entre gobiernos, el cual tuvo la previa aprobación del Comité Económico y Social

Así, el 6 de marzo de 1948 en la ciudad de Génova, se celebra una Conferencia de las Naciones Unidas que adopta el convenio que crea oficialmente la Organización Marítima Internacional (OMI), el primer organismo internacional dedicado exclusivamente a la elaboración de medidas relativas a la seguridad marítima, organismo que en un principio tuvo como nombre: *Inter-Governmental Maritime Consultative Organization (IMCO)*⁹³ hasta el año de 1982.

En la primera asamblea de la OMI celebrada en 1959, doce años después de su creación, asistieron delegados de 55 Estados en los cuales está incluida Colombia, se adoptó el convenio SOLAS de 1960 que entró en vigor en 1965.

En 1965 se adopta el Convenio para facilitar el tráfico marítimo internacional que entra en vigor en 1967. Sus objetivos son prevenir demoras innecesarias en el tráfico marítimo, estimular la cooperación entre los diferentes Gobiernos y asegurar el más alto grado de uniformidad posible en las formalidades y procedimientos relativos a la llegada, permanencia y salida de buques en los puertos.⁹⁴

Dentro de los convenios adoptados por la OMI que buscan la seguridad en la navegación así como la seguridad de la vida humana en el mar, se encuentran los

⁹³ CATES Jr, John M. U. N. Maritime Conference: Geneva, 1948. Washington D.C. Departamento de Estado. 1948 “The establishment of IMCO upon the ratification of the convention by 21 states will complete the organization of those specialized agencies believed by the United Nations to be necessary to deal with technical and economic problems existing or expected to arise in the fields of transport and communication.” [on line] Disponible en www.imo.org

⁹⁴ OMI: Que es, que hace, como funciona, Op.cit.

siguientes: Convenio Internacional sobre líneas de carga; 1966, Convenio Internacional sobre Arqueo de buques; 1969, Convenio Internacional para prevenir los abordajes de 1972⁹⁵, Convenio de Atenas relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar; 1974, Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima; 1992, con la intención de mejorar las medidas para hacer frente a sucesos tales como ataques terroristas contra buques comerciales y Convenio internacional sobre búsqueda y salvamento marítimos; 1979.

De los convenios relativos a la contaminación del mar no puede pasar por alto el Convenio Internacional para prevenir la contaminación de los buques (MARPOL 73/78) del cual precede el Convenio de 1954 sobre la prevención de la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos.

El MARPOL incluye en sus regulaciones tanto la contaminación por hidrocarburos como la originada por productos químicos, basuras, aguas sucias y otras sustancias perjudiciales, prohibiendo que los buques descarguen las sustancias en ciertas zonas ambientales sensibles.

Por otra parte existe otro convenio que trata aspectos sobre contaminación, riesgos tales como incendios y explosiones así como un sistema para facilitar indemnizaciones: el Convenio Internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas (SNP), adoptado en 1996.

Es importante mencionar la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982.

⁹⁵ Este convenio ayudó a reducir considerablemente el número de abordajes.

3.1.2 Una mirada al ordenamiento jurídico colombiano frente a la necesidad de modificar sus regulaciones en materia de fletamento y arrendamiento.

Si hay alguna rama tanto en los ámbitos jurídico públicos como, sobre todo, en los privados mercantiles, que ostente la nota característica del internacionalismo es el derecho de la navegación y más concretamente el derecho marítimo. Nota que quizás pudiéramos denominar de universalismo y que acompañaría a las de particularismo y autonomía que tradicionalmente lo califican junto a la de estar inmersa la ciencia de este derecho en la tradición.⁹⁶

Es así como la historia del derecho internacional, más específicamente dentro de la rama del Derecho Marítimo, nos conduce a la exigencia que han sido los mismos usos, costumbres y prácticas marítimas las cuales han llevado a mostrarle a los ordenamientos jurídicos la necesidad de unificar este derecho.

Hemos visto que dentro del Derecho Marítimo Internacional público, ha sido un gran logro la creación de la Organización Marítima Internacional, en la cual vemos materializado las necesidades que se vieron desde la Edad Media cuando se empezó a cuestionar la seguridad en la navegación y en la protección de la vida humana en el mar; las cuales dieron surgimiento a otros temas de gran importancia como lo son la contaminación de los mares, la necesidad de regular las relaciones laborales de la gente de mar y las regulaciones sobre responsabilidades e indemnizaciones⁹⁷.

⁹⁶ CORRALES ELIZONDO, Agustín, Magistrado del Tribunal Supremo. La evolución Legislativa en materia de transporte marítimo: presente y futuro. [on line] Disponible en http://www.asesmar.org/conferencias/documentos/doc_semana22/Evoluci%F3n_legislativa.doc

⁹⁷ Sobre este tema encontramos los siguientes convenios:

- Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, 1969,
- Convenio internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos, 1971
- Convenio relativo a la responsabilidad civil en la esfera del transporte marítimo de material nuclear, 1971
- Convenio de Atenas relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, 1974
- Convenio sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de derecho marítimo, 1976

Ahora pasando al ámbito privado del derecho marítimo, siendo el tema principal que nos concierne, es claro el vacío conceptual vislumbrado a través del desarrollo del presente trabajo en lo que a la legislación colombiana concierne.

Ha quedado claro después de haber hecho un análisis exhaustivo sobre los principales contratos de explotación del buque, como lo son el fletamento y el arrendamiento de buques, que nuestra legislación en materia marítima no permite la comprensión global de estos contratos, siendo en este limitante donde dimensionamos una de las falencias que tiene el sistema del *civil law* frente al *common law*.

Lo anterior no es una crítica negativa a nuestro sistema, es una crítica constructiva que pretende reformular la forma en que nuestro legislador reguló lo concerniente a la navegación y de manera especial por ser el tema principal de este trabajo; los contratos de explotación de buques.

En la época en que Francia inicio sus codificaciones, justo antes que el Reino Unido promulgara sus regulaciones en materia de seguridad marítima, se presentó un enfriamiento dentro de la normatividad marítima, toda vez, que la normatividad contenida dentro de un código no le es posible amoldarse a los cambios constantes que se iban presentando en la materia; perdiendo por un tiempo la importancia de seguir aplicando los usos y las costumbres que se practicaban dentro del ámbito marítimo.

Es así como nuestro Código de Comercio, fundamentado en la legislación francesa, la plasma de manera similar, gracias al empeño de Andrés Bello, en nuestro Código.

Esto no significa que para la época haya sido un error, en tanto nuestra propia historia marítima así como política y económica nos muestra que solo fue hasta el año de 1990 cuando nuestro país tomo la decisión de abrirse al libre comercio,

siendo este preciso instante en que nuestro legislador debió darle una mirada crítica, analítica y detallada a lo regulado en el libro V del Código de Comercio.

Es en este momento en que nuestro comercio deja de ser interno, donde ya se habla de un comercio exterior que hoy en día es de tal importancia dentro del ámbito marítimo por cuanto a través de este medio es llevado a cabo más del 94% de las operaciones de comercio exterior de nuestro país.

Esto nos muestra la importancia que con los años ha tomado la rama del derecho marítimo, una rama que como lo dijo el Doctor Sarmiento Rodríguez ha representado el origen y desarrollo de otras: *“nuestras facultades de Derecho en América Latina,[han] descuidando la enseñanza del Derecho Marítimo, sin contemplarlo en sus programas académicos de pregrado, desconociendo su importancia para desarrollar todas las actividades económicas que de él surgen y dándole un trato de inferioridad injusto, pues como les mencioné atrás, de ésta rama del Derecho surgieron algunas instituciones como la de los seguros (...)”*

No se está cuestionando nuestro sistema codificador del *civil law*, lo que debe hacerse es encontrar las regulaciones que puedan ser capaces de ir al mismo paso en que se encuentra el desarrollo marítimo, logrando de esta forma que nuestro legislador consagre preceptos capaces de ser analizados, desarrollados e interpretados a la luz del Derecho Marítimo Internacional, sin ir en contra de nuestro ordenamiento jurídico, siendo capaces de dotar al ordenamiento de una normativa especial sobre la materia.

Así, es en este aspecto, en el relativo al grado de evolución de los diversos ordenamientos jurídicos, donde se percibe las diferencias frente al desarrollo de la rama del derecho marítimo distinguiendo los que nos encontramos dentro de una legislación mercantil anclada a la etapa codificadora, frente a aquellos que se

caracterizan por el desarrollo del derecho a partir de las decisiones judiciales⁹⁸ (“*case law system*”), el precedente judicial vinculatorio (“*doctrine of the bidding precedent*”) y por la relevancia del procedimiento⁹⁹.

Esto no significa que no nos parezca correcto lo que hasta el momento se ha regulado en materia de fletamento y arrendamiento de buques. Se resalta el hecho de que dentro de los ordenamientos jurídicos, la nuestra es una de las pocas que junto a la española y la italiana¹⁰⁰, han diferenciado a los contratos de fletamento frente a los de arrendamiento de buques; donde cada uno tiene obligaciones tan diferentes que no es posible pretender que puedan asimilarse como lo han hecho otras legislaciones como la chilena y la mexicana, pues como ya se planteó en los capítulos anteriores, en el fletamento hay una disposición del buque, mientras que en el arrendamiento se presenta una cesión del mismo.

En materia de fletamento es muy importante la ubicación que nuestro legislador le da al mismo, consagrándolo aparte de los contratos de transporte marítimos, siendo para nosotros un hit porque de esta manera se entiende que el fletamento no solo versa sobre el transporte de mercancías y personas tal como la mayoría de la doctrina pretende que sea, sino que en él pueden presentarse fines diferentes como la pesca, el tendido de cables submarinos, entre otros, tal como lo establece el autor Ignacio Arroyo.

⁹⁸ “En el derecho marítimo inglés, en las decisiones judiciales se interpretan las cláusulas de las pólizas de fletamento con lo cual hay una continua revisión y desarrollo de la práctica marítima sin la necesidad de estar reformando leyes que en poco tiempo quedarían inoperables por su imposibilidad de aplicación.

⁹⁹ Coincidencias legales del contrato de fletamento por volumen (Contract of Affreightment C.O.A) y su tratamiento en el proyecto de convenio sobre el transporte (total o parcialmente) marítimo de mercancías de la comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil (CNUDMI). Instituto Iberoamericano de derecho marítimo, Op. cit.

¹⁰⁰ Ibid. “El Código de la Navegación Marítima y Aérea de Italia de 1942, (*Codice Della Navigazione Marittima e Aerea*) 13 marcó sin duda un rumbo en el método.

El Título I del Libro III de la Parte I, está referido a los Contratos de utilización de la nave (*Dei contratti di utilizzazione della nave*). Este contiene una clasificación en la cual se separa el contrato de arrendamiento de naves, (“*locazione*”) como un contrato de arrendamiento de cosas, el contrato de fletamento (“*Del noleggio*”) en el que subsume el conocido como fletamento a tiempo (time charter), ya por viajes, y los contratos de transporte (“*Del trasporto*”) en los que se incluyen todos los restantes o sea el fletamento total o parcial (que se denomina de cargamento total o parcial) el de bultos aislados y el de personas.”

Es en este tema, donde, en el ordenamiento jurídico español se han presentado discusiones, en las cuales se quiere regular las diversas formas de fletamento alrededor de la finalidad del transporte de mercancías por mar, buscando que la normativa ya existente se le añada la que regula el transporte internacional de mercancías por mar en régimen de conocimiento de embarque.

Esta similitud se encuentra en conexidad con el tema del Conocimiento de Embarque el cual dentro del ámbito internacional fue originalmente regulado por medio de las Reglas de la Haya y de la Haya Visby para la unificación de los Conocimientos de Embarque, siendo estas reformadas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, entidad que las convirtió en las que hoy conocemos como Reglas de Hamburgo de 1978.

Así, pareciere que lo que se quiere es poder aplicarlas a los contratos de fletamento, siendo claro que en la práctica, el único que podría verse realmente cobijado por estas es el fletamento por viaje donde se hace más viable y en la práctica es más común que se encuentre plasmado dentro del Conocimiento de Embarque, más específicamente si nos referimos a un fletamento parcial.

Por su parte, existe un artículo de las Reglas de Hamburgo que impide la aplicación de estas a los contratos de fletamento, cuyo artículo 1.6 dice “las disposiciones de la presente Convención no se aplican a los contratos de fletamento”, pudiendo concluir que la posición doctrinaria del autor Ignacio Arroyo es optima en tanto es esta misma Convención indirectamente da cuenta de las diferentes opciones que pueden presentarse dentro de un fletamento, razón por la cual lo excluye de su regulación por cuanto este no se rige en torno al transporte de mercancías.

Así, cobra fuerza la regulación de estos contratos conforme a las proformas creadas dentro de las organizaciones como BIMCO y el New York Produce Exchange, cuyas cláusulas principales tienen la ventaja de haber sido materia de

interpretaciones en numerosos fallos de orden internacional, en los cuales se permite mantener la vigencia de los mismos, conforme a las practicas marítimas y al desarrollo que se esté presentando.

Constituyendo está en la forma que en la práctica marítima está permitiendo la unificación del derecho marítimo dentro del ámbito privado internacional frente a uno de los contratos marítimos más importantes.

Si nuestro ordenamiento incorporara las clausulas principales o aceptara las proformas tal como lo hace la legislación mexicana en su artículo 97 de la Ley de Navegación, podría contemplarse la creación de Tribunales Marítimos tal como los existentes en Panamá y Venezuela que sean creados a la luz del ordenamiento jurídico interno dándoles todas las potestades para fallar en los eventos que lo consideren necesarios, conforme a los usos internacionales en la materia, tales como los plasmados en los tribunales de arbitramento de Londres y New York.

Es así, que consideramos de gran aporte dentro del ámbito académico, intentar una nueva regulación que siendo totalmente codificada, pueda mantener su vigencia a través del tiempo, permitiendo ir a la par con los desarrollos internacionales que se presenten dentro de la rama del derecho marítimo.

3.2 HACIA UNA NUEVA REGULACION EN MATERIA DE FLETAMENTO Y ARRENDAMIENTO DE BUQUES.

Una vez comprendida la necesidad de dirigir las legislaciones de los diferentes ordenamientos jurídicos hacia la unificación del derecho marítimo, un primer paso es regular a fondo la materia.

Conforme al tema que es de nuestro interés: los dos contratos más importantes de explotación y uso del buque; el fletamento y el arrendamiento de buques junto a

sus respectivas modalidades, nuestro propósito es intentar elaborar una nueva regulación en materia de estos dos contratos.

El objetivo es presentar una reforma de lo regulado en nuestro Código de Comercio, buscando una congruencia con una legislación que es de ejemplo en la materia y de la cual nos apoyaremos: la ley de navegación venezolana, que, al igual que nuestra legislación diferencia los dos contratos.

Para una comprensión del trabajo expuesto lo haremos en el orden que los contratos se encuentran ubicados en el Código de Comercio. Primero tomaremos el Título X “Del Fletamento” y luego el Título XI “Del Arrendamiento de las naves”,

Así, se presenta una regulación completa y detallada, que permita entender e interpretar estos contratos, conforme lo exigido por las prácticas marítimas internacionales, reflejadas en los fallos que en la materia dictan los tribunales de arbitramento marítimo.

3.2.1 Del contrato de fletamento. En este título cada tipo de fletamento debe ser regulado por separado para diferenciar las obligaciones de cada uno.

Para esto el primer artículo podría ser redactado para dar la definición del contrato de fletamento, enunciando las dos formas en que se presenta:

Artículo 1. En el contrato de fletamento, el fletante se compromete con el fletador a poner a su disposición un buque en estado de navegabilidad a cambio del pago de una cantidad denominada flete.

El contrato de fletamento se clasifica en: fletamento por tiempo y fletamento por viaje.

Parágrafo 1: En ninguno de los fletamentos, el fletante podrá sustituir el buque objeto del contrato, salvo estipulación en contrario.

Parágrafo 2: Cuando las partes se refieran a nombres de pólizas tipo internacionalmente reconocidas y aceptadas, se entenderá que el contrato pactado corresponde al clausulado de dichas pólizas, tal y como se conozcan en el ámbito internacional, salvo que parte de este clausulado se hubiere modificado, mediante convenio por correspondencia de cualquier medio de transmisión de textos, cruzada entre las partes; se entenderá que dichas pólizas fueron modificadas en los términos de dicha correspondencia.

Artículo 2. El subfletamento en todas sus formas no generará relaciones entre el fletante y el subfletador.

Sin embargo, si el fletador debiera fletes al fletante, éste podrá reclamar contra el subfletador, según fuere el caso, por los fletes que se adeudaren al fletador.¹⁰¹

Artículo 3. Terminación del contrato por parte del fletador:

1. Si antes de cargar el buque abandonare el fletamento, pagando la mitad del flete convenido.
2. Si la cabida del buque no se hallase conforme con la que figura en el certificado de arqueo, o si hubiere error en la designación del pabellón con que navega.
3. Si, salido el buque a la mar, arribare al puerto de salida, por riesgo de piratas, enemigos o tiempo contrario, y los cargadores convinieren en su descarga.

En el segundo caso el fletante indemnizará al fletador de los perjuicios que se le irroguen.

En el caso tercero, el fletante tendrá derecho al flete por entero del viaje de ida.

¹⁰¹ Proyecto de Ley que propone reformas al libro II del Código de Comercio de la República de Panamá [on line] Disponible en: <http://www.amp.gob.pa/newsite/spanish/proyectos/4%20LEYES/Proyecto%20de%20Ley%20con%20las%20reformas%20al%20Libro%20II%20del%20CComercio.pdf>

Si el fletamento se hubiere ajustado por meses, pagarán los fletadores el importe libre de una mesada, siendo el viaje a un puerto del mismo mar, y dos, si fuere a mar distinto.

De un puerto a otro de la península e islas adyacentes, no se pagará más que una mesada.

4. Si para reparaciones urgentes arribase el buque durante el viaje a un puerto, y prefirieren los fletadores disponer de las mercaderías.

Cuando la dilación no exceda de treinta días, pagarán los cargadores por entero el flete de ida.

Si la dilación excediese de treinta días, sólo pagarán el flete proporcional a la distancia recorrida por el buque.¹⁰²

5. El fletador podrá resolver el contrato mediante comunicación por escrito al fletante si éste no pone el buque a su disposición en la fecha y lugar convenido y en condiciones de navegabilidad.

Si al fletante no le fuere posible cumplir con las previsiones de este artículo, lo comunicará por escrito con al menos cuarenta y ocho (48) horas de antelación a la fecha estimada de arribo del buque al fletador, quien podrá a su conveniencia, aceptar o no el fletamento.¹⁰³

Artículo 4. Terminación del contrato por parte del fletante:

1. Si el fletador, cumplido el término de las sobreestadías, no pusiere la carga al costado.

En este caso el fletador deberá satisfacer la mitad del flete pactado, además de las estadías y sobreestadías devengadas.

2. Si el fletante vendiere el buque antes de que el fletador hubiere empezado a cargarlo, y el comprador lo cargare por su cuenta.

¹⁰² Código de Comercio español. Op. Cit. Artículo 688. Se eliminó el numeral 3.

¹⁰³ Ley de navegación venezolana. Artículo 180.

En este caso, el vendedor indemnizará al fletador de los perjuicios que se le irroguen.

Si el nuevo propietario del buque no lo cargare por su cuenta, se respetará el contrato de fletamento, indemnizando el vendedor al comprador, si aquél no le instruyó del fletamento pendiente al tiempo de concertar la venta.¹⁰⁴

Artículo 5. Terminación del contrato por cualquiera de las partes:

1. La declaración de guerra o interdicción del comercio con la potencia a cuyos puertos debía el buque hacer su viaje.
2. El estado de bloqueo del puerto a donde iba aquél destinado, o peste que sobreviniere después del ajuste.
3. La prohibición de recibir en el mismo punto las mercaderías del cargamento del buque.
4. La detención indefinida, por embargo del buque de orden del Gobierno, o por otra causa independiente de la voluntad del naviero.
5. La inhabilitación del buque para navegar, sin culpa del Capitán o naviero.

La descarga se hará por cuenta del fletador.”¹⁰⁵

Artículo 6. Cálculo del flete adicional: Si por hecho del fletador la duración del último viaje excede al término del contrato, por el periodo de exceso se deberá un precio igual al doble del flete ordinario correspondiente a dicho periodo, en proporción a la duración del contrato.¹⁰⁶

Artículo 7. Impedimento para el uso del buque. En caso de que en el fletamento por tiempo determinado sea imposible utilizar la nave por causa no imputable al fletador, éste no deberá el precio durante el tiempo del impedimento.

¹⁰⁴ Íbid. Artículo 689.

¹⁰⁵ Íbid. Artículo 690.

¹⁰⁶ Código de Comercio colombiano. Op. Cit. Artículo 1671.

No obstante, en caso de demora por riesgo de mar o por accidente imprevisto de la carga o por orden de autoridad nacional o extranjera, se deberá el flete durante el tiempo que dure el impedimento, con deducción de los gastos ahorrados por el fletante a consecuencia de la no utilización de la nave.

Lo dispuesto en el inciso anterior no se aplicará al tiempo en que la nave esté sometida a reparaciones¹⁰⁷

Artículo 8. En caso de pérdida del buque, el flete se debe hasta el día en que ocurra dicha pérdida. Si no se comprueba este dato, el fletador está obligado a pagar la mitad del flete desde el día en que se recibieron las últimas noticias del paradero del buque hasta el día que hubiere llegado a su destino.

Artículo 9. Obediencia del capitán en el cumplimiento de instrucciones del fletador. El capitán deberá obedecer, dentro de los límites estipulados en el contrato, las instrucciones del fletador sobre el empleo comercial de la nave y hacer entrega de los conocimientos de embarque en las condiciones que éste le indique¹⁰⁸

Artículo 10. Responsabilidad del fletador que ceda el contrato o subflete. El fletador que ceda el contrato o subflete en todo o en parte, continuará siendo responsable de las obligaciones contraídas para con el fletante.¹⁰⁹

Artículo 11. Prescripción de acciones derivadas del contrato de fletamento. Las acciones derivadas del contrato de fletamento prescribirán en el lapso de un año.

Este término se contará, en el fletamento por tiempo determinado, desde el vencimiento del contrato o desde el último viaje, en caso de que éste se prorrogue más allá de dicho vencimiento. En el fletamento por viaje, el término de la prescripción correrá desde que el viaje haya terminado.

¹⁰⁷ Íbid. Artículo 1673.

¹⁰⁸ Íbid. Artículo 1675.

¹⁰⁹ Íbid. Artículo 1676.

En caso de impedimento para iniciar o cumplir el viaje, la prescripción comenzará a correr desde el día en que haya ocurrido el suceso que hizo imposible la ejecución del contrato o la continuación del viaje.

En caso de pérdida presunta de la nave, el término de la prescripción correrá desde la fecha en que sea cancelada la matrícula.¹¹⁰

Del Fletamento por tiempo

Artículo 12. Fletamento por tiempo: Es el fletamento por medio del cual el fletante se obliga a poner a disposición del fletador un buque con tripulación, por un tiempo determinado que será pactado por las partes, para realizar la actividad indicada por el fletador dentro de los términos estipulados en el contrato. El fletante conserva la gestión náutica del buque.

Artículo 13. Son obligaciones del fletante:

1. Poner el buque a disposición del fletador en la fecha y lugar convenido, con la documentación necesaria y exigida por la autoridad marítima.. El buque debe estar en estado de navegabilidad, apto para el objeto por el cual fue fletado.
2. Darle al buque el mantenimiento adecuado de su casco, maquinas y equipo.
3. Pagar los gastos relacionados con la gestión náutica del buque, tales como, clasificación, seguros, mantenimiento, reparaciones, repuestos, lubricantes, provisiones, remuneraciones y manutención de la tripulación y las comisiones de corretaje.¹¹¹
4. Garantizar que el Capitán y su tripulación ejecutaran las órdenes dadas por el fletador que versen exclusivamente en la cesión comercial del buque.
5. Efectuar los viajes ordenados por el fletador en el menor tiempo posible y con la mayor celeridad posible.

Artículo 14. Son obligaciones del fletador:

¹¹⁰ Íbid. Artículo 1677.

¹¹¹ Ley de navegación venezolana. Artículo 166 numeral 2.

1. Pagar el flete conforme lo estipulado en el contrato.
2. Pagar los gastos variables necesarios para la explotación del buque, tales como combustible, impuestos, tasas y remuneraciones relacionadas con la navegación y demás operaciones en canales, zonas de pilotaje y puertos, operaciones de remolque, gastos de las operaciones concernientes a carga y descarga de la mercancía, el agenciamiento y demás servicios.
3. Emplear el buque para objetos lícitos.
4. Utilizar lícitamente la nave, de acuerdo con sus características técnicas y en las condiciones y parajes que no la expongan a peligros y riesgos.
5. Restituir el buque en buen estado, salvo el desgaste por el uso natural del mismo.
6. Dar órdenes al Capitán, dentro de lo estipulado en el contrato respecto de la utilización del buque, especialmente en lo referente a la carga, transporte y entrega de la mercancía, al transporte de personas y a la documentación pertinente.

Artículo 15. El fletador no está obligado a pagar el flete durante el tiempo que el buque se encuentre fuera de servicio por culpa del fletante. Para que proceda la suspensión en el pago del flete, el buque debe encontrarse fuera de servicio por más de veinticuatro (24) horas.

Artículo 16. El contrato debe probarse por escrito, en el deben constar lo siguiente:

1. Los elementos de individualización del buque;
2. Nombre del puerto de origen donde será entregado el buque;
3. El nombre de las partes;
4. Duración del contrato;
5. Capacidad de carga del buque;
6. Determinación de la velocidad y el consumo de combustible del buque;
7. Forma y medio de pago del flete;

8. Delimitación de los límites geográficos en los cuales el buque se moverá;
9. Clausula que señala los tipos de mercancía y cargas que podrán ser transportados;

Artículo 17. El fletador responde de los actos ejecutados por el capitán y su tripulación en virtud de la gestión comercial del buque.

Artículo 18. El fletante podrá dar por resuelto el contrato y retirar el buque mediante una orden al Capitán, previa notificación escrita al fletador, si el flete no hubiere sido pagado transcurrido diez (10) días continuos desde la fecha del vencimiento del mismo.

Si el viaje ha comenzado, el fletante queda obligado a entregar en destino la carga que tenga a bordo y podrá percibir los fletes de las mercancías pendientes de pago en dicho lugar, hasta concurrencia de lo adeudado por el fletador por su respectivo flete. Si el viaje no ha comenzado, el fletante podrá diligenciar la descarga de las mercancías por cuenta del fletador.¹¹²

Artículo 19. El fletante no está obligado a dar inicio a un viaje que no concluya previsiblemente, alrededor de la fecha de vencimiento del contrato.

Artículo 20. Derecho de retención: El fletante podrá ejercer el derecho de retención sobre los cargamentos, fletes y subfletes devengados por el fletador mientras este último no cumpla con su obligación de pagar el flete. De igual forma, el fletador tendrá el derecho de retención sobre el buque y sus pertenencias por todas las cantidades pagadas por adelantado (fletes) y no vencidos.

Artículo 21. En caso de salvamento prestado por el buque, la remuneración correspondiente es repartida en partes iguales entre el fletante y el fletador, deducidos los gastos, indemnizaciones y participaciones del Capitán y tripulantes, y el importe del flete por los días que duró la operación.

¹¹² Ibid. Artículo 170.

Del fletamento por viaje

Artículo 22. Fletamento por viaje: El fletamento por el cual el fletante se obliga a poner a disposición del fletador la totalidad o parte de un buque con tripulación el cual será usado para llevar a cabo uno o varios viajes.

Es total cuando el fletante se obliga a poner a disposición del fletador, mediante el pago de un flete, todos los espacios susceptibles de ser cargados en una nave determinado para realizar el o los viajes convenidos. Es parcial cuando se pone a disposición del fletador uno o más espacios determinados dentro de la nave.¹¹³

El fletante conserva la gestión náutica y comercial del buque.

Artículo 23. Son obligaciones del fletante:

1. Poner a disposición del fletador el buque en estado de navegabilidad conforme las características determinadas en el contrato, garantizando el estado de navegabilidad durante la vigencia del mismo.
2. Responsabilizarse por las mercancías recibidas a bordo, conforme los límites pactados en el contrato. Se libera de la responsabilidad probando que ha cumplido con todas sus obligaciones.
3. Realizar los viajes pactados garantizando que estos se harán en el menor tiempo posible.

Artículo 24. Son obligaciones del fletador:

1. Pagar el flete;
2. Enviar el buque a puertos seguros. Si un puerto designado deviniere inseguro, el fletante deberá comunicarlo por escrito al fletador y a falta de instrucción de éste, podrá proceder a un puerto seguro y cercano que elija;

¹¹³ *Ibid.* Artículo 177.

3. Poner la mercancía pactada a disposición del fletante o del Capitán del buque, en los términos pactados, es decir suministrar el total de la carga en términos de peso y cantidad, el día fijado para tal fin;
4. Pagar el “falso flete” en el evento que se llegara a presentar;
5. Asumir por su cuenta y riesgo las operaciones de carga y descarga de las mercancías, salvo pacto en contrario.

Artículo 25. La elección del lugar del puerto donde el buque deba efectuar las operaciones de carga o descarga, sin perjuicio de las normas administrativas que regulan las operaciones portuarias, corresponderá:

1. Al fletador:
2. Cuando el contrato nada establezca.
3. Al fletante, previa notificación al o a los fletadores, cuando:
4. Dada la circunstancia anterior, el fletador omitiese su designación.
5. El lugar elegido deviniere inseguro.
6. Siendo varios los fletadores, no hubiera acuerdo sobre el particular.¹¹⁴

Artículo 26. El fletador, antes del vencimiento de las estadías en puerto, tiene derecho a resolver el contrato pagando la mitad del flete bruto y, en su caso, los gastos de descarga y las sobreestadías, salvo estipulación contraria. Si el fletamento es por viaje de ida y vuelta, debe pagar la mitad del viaje.¹¹⁵

Artículo 27. Si el fletador no carga mercancía alguna durante el plazo de estadías, el fletante tiene derecho a resolver el contrato y a exigir la mitad del flete pactado, más el pago de las sobreestadías si fuere el caso.¹¹⁶

¹¹⁴ Íbid. Artículo 182.

¹¹⁵ Íbid. Artículo 184.

¹¹⁶ Íbid. Artículo 185.

Artículo 28. Si transcurridos los plazos de estadías y sobreestadías, el fletador ha embarcado sólo parte de la carga convenida, pagará el flete íntegro, en cuyo caso, el fletante debe emprender el viaje.

A falta de pago, el fletante tiene la opción de emprender el viaje, con facultad de tomar otra carga, en cuyo caso el fletador queda obligado al pago de la diferencia hasta cubrir el flete estipulado, o a proceder a la descarga quedando obligado al pago de la mitad del flete convenido y de las sobreestadías, así como de los gastos de descarga.¹¹⁷

Artículo 29. Estadías y sobrestadías.

La estadía es el tiempo pactado por las partes para efectuar el cargue y descargue de las mercancías, una vez pasado este término sin que el fletador haya efectuado el cargue de las mismas se empiezan a contar los días de sobreestadía.

En la sobrestadía no hay interrupción del término por concepto de días feriados, mal clima, o huelga, a menos que las partes pacten algo contrario. Sólo habrá interrupción si el propietario del buque lo mueve para proveerlo de combustible, más allá del control del fletador.

La sobrestadía tiene carácter indemnizatorio. El fletante debe demostrar los daños realmente causados por la demora del fletador en la carga de la mercancía.

A falta de convenio entre las partes, las sobreestadías tendrán una duración máxima de diez (10) días continuos, salvo que los usos del puerto determinen otra duración.

Artículo 30. El plazo de las estadías comienza cuando el buque ha arribado, listo para cargar o descargar, el fletante lo ha notificado por escrito al fletador y

¹¹⁷ Ibid. Artículo 186.

transcurra el lapso convenido; o en su defecto, el determinado por los usos del puerto, para el inicio de las actividades.¹¹⁸

Artículo 31. Premio de celeridad. En el evento que el fletador tome menor tiempo que el estipulado por concepto de estadía para cargar o descargar las mercancías, tendrá derecho a una compensación que se determinará en razón de la mitad de lo estipulado para la sobreestadía.

Artículo 32. El contrato debe probarse por escrito, en el deben constar lo siguiente:

1. Los elementos de individualización del buque;
2. Nombre del puerto de origen donde será entregado el buque;
3. El nombre de las partes;
4. La designación del viaje, si es redondo o al mes, para uno o más viajes, si éstos son de ida y vuelta o solamente para la ida o la vuelta y, finalmente, si la nave se fleta en todo o en parte¹¹⁹;
5. Duración del contrato;
6. Capacidad de carga del buque;
7. Puertos de carga y descarga, determinando si existe un muelle en particular o un área en particular.
8. Forma y medio de pago del flete;
9. Descripción de la carga;
10. Determinación de estadías y sobrestadías.

3.2.2 Del contrato de arrendamiento de buques

Artículo 33. El Arrendamiento a casco desnudo es un contrato por medio del cual el arrendador se obliga con el arrendatario a permitirle el uso y goce del buque,

¹¹⁸ *Íbid.* Artículo 191.

¹¹⁹ Proyecto de Ley que propone reformas al libro II del Código de Comercio de la República de Panamá. Op. Cit.

por el tiempo que se pacte, a cambio de un precio. Al arrendatario le son transferidas tanto la gestión náutica como la comercial.

Habrá arrendamiento financiero cuando las partes pacten dentro del contrato de arrendamiento que junto a la cesión de la gestión náutica y comercial, el arrendatario tendrá el derecho de ejercer la opción de compra del buque. Cada pago hecho por concepto del arrendamiento se tomara como parte del precio en el momento que el arrendatario ejerza la opción de compra final.

Parágrafo: El contrato deberá probarse por escrito, salvo que este verse sobre buques menores.

Artículo 34. Prohibiciones de subarriendo y cesión de naves. El arrendatario no podrá subarrendar o ceder en forma alguna el contrato, sin autorización del arrendador.

El subarrendamiento se sujetará a lo prescrito en el artículo anterior.

Artículo 35. Son obligaciones del arrendador:

1. Entregar el buque designado al arrendatario, en la fecha y lugar convenido, en estado de navegabilidad, apto para el servicio al cual está destinado y con la documentación necesaria.
2. Efectuar las reparaciones y reposiciones derivadas de vicios propios del buque.
3. Responder por el pago de las obras que se hayan hecho a beneficio del buque.

Artículo 36. Responsabilidades del arrendador por daños derivados de defectos de la nave. El arrendador será responsable de los daños derivados de defectos de navegabilidad, a menos que pruebe que se deben a vicio oculto susceptible de escapar a una razonable diligencia.

Artículo 37. Si por el incumplimiento de las obligaciones del arrendador establecidas en el artículo precedente, no pudiere utilizarse comercialmente el

buque, no se devengará canon por el tiempo en que éste no se utilice. Para que haya lugar a la suspensión del canon, el período de inactividad del buque debe exceder de veinticuatro (24) horas.

Artículo 38. Serán a cargo del arrendatario las obligaciones siguientes:

1. Pagar el alquiler pactado.
2. El aprovisionamiento del buque, sus seguros, lo relativo a la tripulación, los gastos y las reparaciones que se ocasionen por el empleo del mismo en el uso previsto en el contrato.
3. Reparar los deterioros y daños causados por el uso anormal o indebido de la nave.
4. Utilizar lícitamente el buque, de acuerdo con sus características técnicas y en las condiciones y parajes que no lo expongan a peligros.
5. Responder ante el arrendador por todos los reclamos de terceros y créditos privilegiados sobre el buque, que sean consecuencia de su explotación económica.
6. Devolver al arrendador el buque a la expiración del término del contrato, en la fecha y lugar convenido, en el mismo estado, salvo el desgaste originado por su uso normal y con la documentación necesaria con que le fue entregado.¹²⁰

Artículo 39. Calidad de Armador del Arrendatario. El arrendatario tendrá la calidad de armados y, como tal, los derechos y obligaciones de éste.¹²¹

Artículo 40. Obligación de utilizar la nave según las características técnicas. El arrendatario estará obligado a utilizar la nave según las características técnicas de la misma, de acuerdo con los documentos expedidos por la autoridad marítima nacional y de conformidad con el empleo convenido en el contrato.

¹²⁰ Los numerales 3,4 y 5 corresponden a lo regulado por el Artículo 162 de la ley de navegación venezolana.

¹²¹ Código de comercio colombiano. Op. Cit. Artículo 1682.

La violación de lo dispuesto en este artículo dará derecho al arrendador para declarar terminado el contrato y exigir del arrendatario la indemnización de los perjuicios que le haya causado.¹²²

Artículo 41. Prórroga del contrato si el arrendatario continúa con la nave en su poder. Salvo expreso consentimiento del armador, el contrato no se considerará prorrogado si, a su vencimiento, el arrendatario continúa con la nave en su poder. Pero si el contrato termina mientras la nave está en viaje se tendrá por prorrogado hasta la terminación de éste.

Si el arrendatario continúa de hecho con la tenencia de la nave, seguirá considerándose como explotador para todos los efectos legales. Durante la tenencia de hecho el arrendatario deberá pagar al arrendador la suma estipulada en el contrato aumentada en un 50%; estará, además, obligado a conservar debidamente la cosa sin que por ello cese su obligación de restituir.

Si tal exceso es superior a la tercera parte del tiempo previsto para la duración del contrato, el arrendatario deberá indemnizarle todos los perjuicios.¹²³

Artículo 42. Terminación del contrato durante el viaje. Si el contrato termina mientras la nave está en viaje, el arrendamiento se entiende prorrogado en las mismas condiciones pactadas hasta la terminación del viaje, excepto cuando ello se deba a culpa del arrendatario, caso en el cual se aplica lo dispuesto en el artículo anterior.¹²⁴

Artículo 43. Prescripción de acción derivada del contrato. Las acciones derivadas de este contrato prescribirán en un año, contado desde su terminación o, en el caso previsto en el artículo 41, desde la restitución de la nave. En caso de pérdida

¹²² Íbid. Artículo 1683

¹²³ Íbid. Artículo 1685.

¹²⁴ Íbid. Artículo 1686

presunta de la nave, la prescripción correrá desde la fecha de cancelación de la matrícula.¹²⁵

¹²⁵ Íbid. Artículo 1687. Se elimina del título la palabra viaje, ya que no se está ante un contrato de viaje sino de arrendamiento de buque.

4. CONCLUSIONES

- El contrato de fletamento es el principal y más antiguo contrato marítimo. En él, el fletante que puede ser el propietario del buque o su armador, pone a disposición del fletador un buque que se encuentre en estado de navegabilidad, cumpliendo a su vez con los requisitos de seguridad exigidos por la autoridad marítima, la cual, en el caso colombiano es la Dirección General Marítima (DIMAR).
- El contrato de fletamento se clasifica en dos tipos diferentes de contrato: el fletamento por viaje y el fletamento por tiempo. En el primero, el contrato es celebrado con el fin de realizar uno o más viajes de acuerdo a las necesidades del fletador. Es generalmente usado para el transporte de mercancías, tal como puede concluirse al revisar las pólizas que existen para este contrato, donde cada una versa sobre una carga diferente (cemento, líquidos, petróleo, granel, entre otros). Por esta razón, en el evento que el fletante flete el buque parcialmente, encontraremos varios fletadores quienes seguramente no celebran un contrato en virtud del fletamento, sino en virtud del transporte, concluyendo que el Conocimiento de Embarque por medio del cual se prueba el contrato de transporte, también sirve para probar el fletamento.

En este contrato, el fletante conserva tanto la gestión náutica como la comercial, llegando a ser responsable ante terceros, por la carga transportada.

- El fletamento por tiempo, como su nombre lo dice, es celebrado por las partes durante un tiempo determinado. En este fletamento, el fletante se reserva la gestión náutica del buque y transfiere la gestión comercial al fletador.
- La reserva o no de la gestión náutica, nos conduce al siguiente contrato, el de arrendamiento de buque. En el ya no se habla de fletante y fletador, sino de arrendador y arrendatario. El arrendador entrega el buque al arrendatario, transfiriéndole la gestión náutica y la gestión comercial; convirtiendo a este último en el armador del buque durante la vigencia del contrato.
- Estos dos contratos, que son el pilar del estudio y desarrollo del derecho marítimo, han cumplido, desde la Edad Antigua, la función principal de activar el comercio entre las diferentes naciones.

Este hecho, determino la creciente accidentalidad marítima, la cual impulso a la creación de las primeras regulaciones en seguridad en la navegación y protección de la vida humana en el mar, las cuales con el paso del tiempo, fueron modificándose, creándose nuevas regulaciones en la materia unificándose, hasta llegar al punto de ser ratificadas por la mayoría de Estados que hoy en día son parte de la Organización Marítima Internacional.

- Estas regulaciones el ámbito público del derecho marítimo internacional, llevan a impulsar nuevas regulaciones en el ámbito privado, buscando la unificación en la materia a nivel internacional.

Para lograr esto, las legislaciones que como la nuestra, se encuentran obsoletas en deben modificar sus regulaciones en materia marítima para

encontrar una unificación que pueda ser óptima y compatible con las practicas marítimas internacionales que día a día cambian y se desarrollan.

La nueva regulación, debe ser compatible con las proformas internacionales vigentes, las cuales han sido motivo de múltiples fallos internacionales que permitirían una aplicación uniforme en todos los ordenamientos jurídicos, facilitándoles a los actores del mercado marítimo unos términos de negociación similares.

- Es importante pensar en estas modificaciones, con las cuales, se podría pensar en un futuro cercano, la creación de tribunales de arbitramento especializados en derecho marítimo, quienes podrían fallar conforme las interpretaciones que se le han dado internacionalmente a las proformas de pólizas de fletamento más usadas en el comercio marítimo internacional.
- El sistema internacional le está exigiendo a los ordenamientos jurídicos, una regulación internacional en materia de fletamentos y arrendamientos de buques, buscando una unificación en la regulación de la materia que haga más claras las relaciones contractuales entre las partes.
- A pesar que la legislación colombiana es de las pocas que diferencia el contrato de fletamento y el contrato de arrendamiento de buques, conduciendo a un mayor entendimiento a la hora de celebrar estos contratos por medio de las proformas internacionales o bien sea conforme las cláusulas pactadas por medio de la voluntad de las partes. Es necesaria la modificación de lo regulado en el Código de Comercio respecto a estos contratos, con el fin de acoplarlos a las proformas, siendo esta la vía para mantener vigente la legislación en la materia, a través de los desarrollos que se presenten en el ámbito marítimo.

- El comercio exterior, cada día más creciente e importante para el desarrollo de un país como el nuestro, está exigiendo la protección bajo regulaciones aplicables en cualquier Estado. Así, en contratos como lo son el fletamento y el arrendamiento de buques, donde el objetivo del mismo sea el transporte de mercancías. Las partes requieren de la confianza y garantía de que las prácticas marítimas internacionales sean aplicadas en todos los ordenamientos jurídicos.
- Para iniciar la búsqueda hacia la unificación del derecho marítimo, debemos aprovechar el conocimiento y las investigaciones de instituciones como el Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo, el cual a través de la internacionalización en la materia, se propende por la seguridad jurídica de la misma.
- Es importante pensar en el estudio del derecho marítimo, no solo desde una perspectiva teórica, sino desde una necesidad económica que nuestro país requiere, intentando continuar con la labor iniciada en 1990, año en que Colombia abrió las puertas al comercio internacional.

No sólo se trata de tener puertos seguros, eficaces, que cumplan con los altos estándares de calidad exigidos internacionalmente. Es también importante revisar las necesidades de las empresas de transporte y navegación en Colombia, para las cuales, la creación de un Tribunal de Arbitramento especializado en la materia, les serviría para reducir costos y verse beneficiados al continuar pactando sus relaciones jurídicas ya sea conforme lo estipulado entre las partes o a través de una proforma cuyo análisis e interpretaciones son un constante dentro del arbitramento internacional.

BIBLIOGRAFÍA

(Libros)

ARROYO, Ignacio. *Compendio de derecho marítimo*. Madrid: Editorial Tecnos, Segunda Edición, 2005. p. 221

GONZALEZ LEBRERO, Rodolfo A. *Manual de derecho de la navegación*. Buenos Aires: Depalma, Cuarta Edición Ampliada y actualizada, 2000. p. 868

MARTINEZ JIMENEZ, María Isabel. *Los contratos de explotación del buque: Especial estudio del fletamento por tiempo*. Barcelona: Editor José María Bosh, 1991. p. 496

BERROA, Dino G, Licenciado en Derecho. *Notas del Máster en Derecho Marítimo de la Universidad Santa María La Antigua*. Ciudad de Panamá, 2006.

(Artículos)

AUTRALIAN TRADE & SHIPPING. Charter Party Terms [on line] Disponible en <http://www.australiatrade.com.au/TradeTerms/charterparty.htm>

BOISSON, Philippe. "The History of Safety at Sea". [on line] Disponible en http://www.oceansatlas.com/unatlas/issues/safety/transport_telecomm/history_safety/history_safety.htm#_ftn12#_ftn12

CATES Jr., John M. "U. N. Maritime Conference: Geneva, 1948". Washington D.C. Departamento de Estado. 1948[on line] Disponible en www.imo.org

DICCIONARIO MARÍTIMO INGLÉS ESPAÑOL [on line] Disponible en <http://www.maritimoportuario.cl/new/maritimo/diccionarioingesp.htm>

FERREIRO, Sonia. "Contratos de Transporte Marítimo". [on line] Disponible en. <http://transporteinternacional.blogspot.com/2006/11/contratos.html>.

INTERNATIONAL MARITIME ORGANIZATION. "OMI: Que es, que hace, como funciona". [on line] Disponible en: www.imo.org

_____ "Resumen de los convenios de la OMI". [on line] Disponible en: www.imo.org

_____ "The Origins of the International Maritime Organization". [on line] Disponible en www.imo.org

JIMENEZ VALDERRAMA, Fernando. "Consideraciones generales sobre los contratos de explotación del buque. Evolución histórica, clasificación, naturaleza jurídica y concepto en el derecho español vigente". En: Revista Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Volumen 00. Numero 564. 1994. Pp 3 -10.

MACDONALD, Eula. "Toward a World Maritime Organization: A Half Century of developments in Ocean Shipping"; Washington D.C. Departamento de Estado. 1948[on line] Disponible en www.imo.org

MESSITTE, M. Peter. Juge fédéral de première instance. "Examen comparatif du droit coutumier et du système juridique romano-germanique". [on line] Disponible en: <http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0999/ijdf/frmessit.htm>

Nacimiento, evolución y codificación del derecho mercantil [on line] Disponible en <http://galeon.hispavista.com/mercantil/libro1.html>

Proyecto de Ley que propone reformas al libro II del Código de Comercio de la República de Panamá [on line] Disponible en: [http://www.amp.gob.pa/newsite/spanish/proyectos/4%20LEYES/Proyecto%20de%20Ley%20con%20las%20reformas%20al%20Libro%20II%20del%20CComercio.p
df](http://www.amp.gob.pa/newsite/spanish/proyectos/4%20LEYES/Proyecto%20de%20Ley%20con%20las%20reformas%20al%20Libro%20II%20del%20CComercio.pdf)

SOURDIS NÁJERA, Adelaida. "Sefardíes y ashkenazis en Barranquilla en la segunda mitad del siglo XIX. Negocios y compañías comerciales". [on line] Disponible en: http://www.ocaribe.org/revista_aguaita/10/historia_2.html

TARRAU LIMA, Félix. "El contrato de fletamento". En noticias jurídicas, 2003. [on line] Disponible en <http://noticias.juridicas.com/articulos/50-Derecho%20Mercantil/200310-4055116910312781.html>

THE BALTIC AND INTERNATIONAL MARITIME CONFERENCE. "BARECON 89 Standard Bareboat Charter revised" (*Printed in BIMCO Bulletin No. 2, 2002*) [on line] Disponible en www.bimco.org

_____ “BIMCO Standard Bareboat Charter. Code Name Barecon 2001”.

_____ “Both to Blame Collision Clause” Disponible en
:[http://www.bimco.org/Corporate%20Area/Documents/Clauses/Both to Blame Co
llision Clause.aspx](http://www.bimco.org/Corporate%20Area/Documents/Clauses/Both%20to%20Blame%20Collision%20Clause.aspx)

THE DOCUMENTARY COMMITTEE OF THE JAPAN SHIPPING EXCHANGE,
INC. “COAL CHARTER PARTY. Code Name: “NIPPONCOAL””

THE LONDON MARITIME ARBITRATORS ASSOCIATION. “Introduction”
<http://www.lmaa.org.uk/intro.asp>

(Trabajos y conferencias)

CORRALES ELIZONDO, Agustín, Magistrado del Tribunal Supremo. La evolución
Legislativa en materia de transporte marítimo: presente y futuro. [on line]
Disponible _____ en
[http://www.asesmar.org/conferencias/documentos/doc semana22/Evoluci%F3n le
gislativa.doc](http://www.asesmar.org/conferencias/documentos/doc_semana22/Evoluci%F3n%20legislativa.doc)

SARMIENTO RODRIGUEZ, Guillermo. “Autonomía del Derecho Marítimo?”
Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo. Santo Domingo, República
Dominicana. 2006. [on line] [on line] Disponible en:
[www.institutoiberoamericanodederechomaritimo.com/admin/file.php?file=CF-2006-
022.rtf](http://www.institutoiberoamericanodederechomaritimo.com/admin/file.php?file=CF-2006-022.rtf) –

Coimplicaciones legales del contrato de fletamento por volumen (Contract of
Affreightment C.O.A) y su tratamiento en el proyecto de convenio sobre el
transporte (total o parcialmente) marítimo de mercancías de la comisión de las

Naciones Unidas para el derecho mercantil (CNUDMI). Instituto Iberoamericano de derecho marítimo. [on line] Disponible en: [http://www.institutoiberoamericanodederechomaritimo.com/TRABAJO PREMIO ENSAYO JURIDICO FRANCISCO - 2do lugar.pdf](http://www.institutoiberoamericanodederechomaritimo.com/TRABAJO_PREMIO_ENSAYO_JURIDICO_FRANCISCO_-_2do_lugar.pdf)

Decimocuarta Reunión Ordinaria del Comité de Autoridades de Transporte Acuático (CAATA). Maracaibo, Venezuela, 2005. [on line] Disponible en: [http://209.85.215.104/search?q=cache:HKJS2nNasigJ:intranet.comunidadandina.org/Documentos/Reuniones/DFinales/SG CAATA XIV ACTA.doc](http://209.85.215.104/search?q=cache:HKJS2nNasigJ:intranet.comunidadandina.org/Documentos/Reuniones/DFinales/SG_CAATA_XIV_ACTA.doc)

(Normatividad y jurisprudencia colombiana)

Código de Comercio colombiano. Editorial Leyer, Bogotá D.C, 2002.

Corte Suprema de Justicia Colombiana. Sentencia No. 168 de 15 de Mayo de 1992. Magistrado Ponente Dr. Alberto Ospina Botero

Decisión 487 del 2000 de la Comunidad Andina de Naciones

Decreto Ley 2324 de 1984. Por el cual se reorganiza la Dirección General Marítima y Portuaria.

Decreto 804 de 2001. Por el cual se reglamenta el servicio público de transporte marítimo.

Ley 33 de 1992. Tratado de derecho comercial internacional

(Normatividad y jurisprudencia internacional)

Código de Comercio español. [on line] Disponible en:
<http://www.bufetemanrique.com/ccom/coingral.htm>

Convenio Internacional para prevenir la contaminación de los buques (MARPOL 73/78)

Convenio Internacional para la seguridad de la Vida Humana en el Mar (SOLAS 74/78)

Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías de 1978 – Reglas de Hamburgo

Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982.

Convenio de Naciones Unidas sobre Inscripción de Buques de Ginebra (UNCTAD), del 7 de febrero de 1986

Convención sobre Arrendamiento Financiero del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), 1988

Convenio Internacional sobre líneas de carga 1996

Ley de navegación mexicana [on line] Disponible en
<http://www.semar.gob.mx/juridico/pagina/navegacion.pdf>

Ley de Comercio Marítimo Venezolana. [on line] Disponible en:
<http://www.derechomaritimo.info/VE-LCM!.htm>

Tribunal Supremo Español. Sala de lo Civil. Sede Madrid. No de resolución 797 del 26 de julio de 1990. Magistrado Ponente Excmo. Sr Don Jesús Marina Martínez Pardo

Tribunal Supremo Español. Sala de lo Civil. Sede Madrid. No de resolución 0278 del 1 de abril de 1995. Magistrado Ponente Excmo. Sr Don Eduardo Fernández – Cid de Temes.